

Lyon 1979
BIBLIOTHEQUE DE DROIT DE L'ENTREPRISE

sous la direction du
Professeur J. M. Mousseron

12

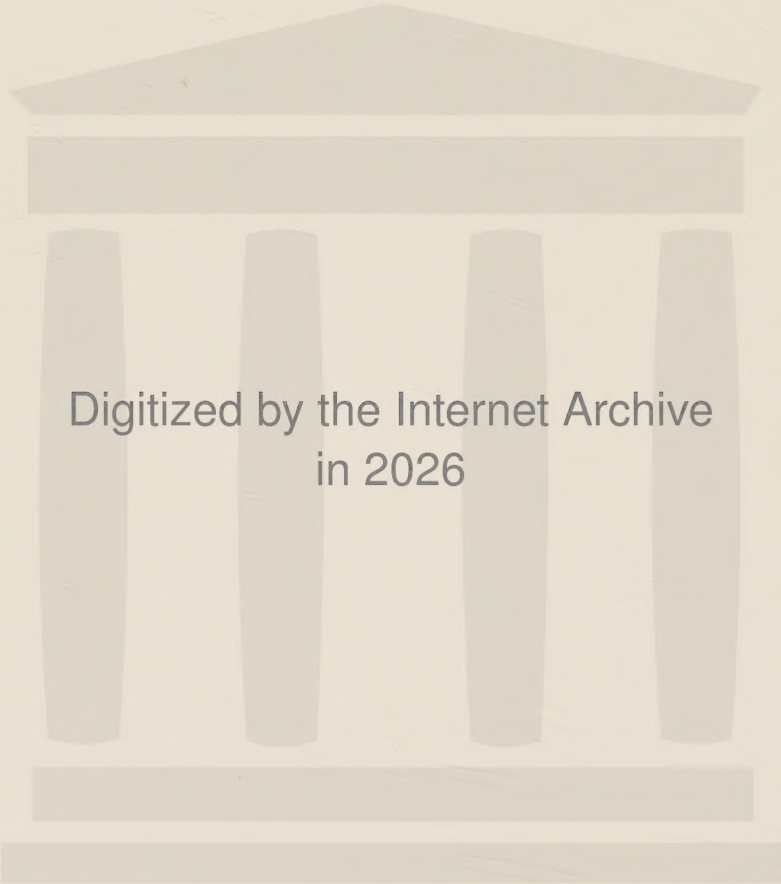
Jean-Philippe HAEHL

les techniques de renflouement des entreprises en difficulté

préface de
Paul DIDIER

LIBRAIRIES TECHNIQUES

FONDATION NATIONALE POUR LE DROIT DE L'ENTREPRISE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553407_0037

Journal of Management Education

Volume 30 Number 1
January 2006

les techniques de renflouement des entreprises en difficulté

Philippe L. L.

Philippe L. L.

Université de la Méditerranée, Aix-Marseille Université
et Université de la Côte d'Azur, France

Philippe L. L.

Philippe L. L.

Philippe L. L.

Philippe L. L.

101

Jean-Philippe HAEHL

Maître-assistant à la Faculté de Droit
de l'Université Jean-Moulin - Lyon III

les techniques de renflouement des entreprises en difficulté

préface de

Paul DIDIER

Professeur à l'Université de Paris IX Dauphine
Président Honoraire de l'Université de Paris IX Dauphine

*Ouvrage honoré d'une subvention du
Ministère des Universités et du Prix
de thèse 1980 de l'Association Nationale
des Docteurs en Droit, Section de Lyon.*

LIBRAIRIES TECHNIQUES

Libraire de la Cour de Cassation
27, place Dauphine - 75001 Paris

1981

Jean-Philippe HART

Université de Liège, Belgique
Département des Sciences de l'Ingénieur

les techniques de renforcement des entreprises en difficulté

Préface

Table des matières

1. L'entreprise en difficulté : définition et diagnostic
2. Les techniques de renforcement : principes et méthodes



3. Les techniques de renforcement : applications

4. Conclusion

Annexes

Bibliographie

Principales abréviations

- A.G.S. Association générale pour la gestion du régime d'assurance des salariés.
- aff. affaire
- al. alinéa
- anc. C.pr.civ. ancien code de procédure civile
- A.N.S.A. Publications de l'Association nationale des sociétés par actions.
- art. article
- Ass.Pl. Assemblée Plénière de la Cour de cassation
- B.O.D.G.I. Bulletin officiel de la direction générale des impôts
- Bull. Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation
- Bull. Cons. Nat. Com. Comptes, Bulletin du Conseil National des commissaires aux comptes
- C.civ. Code civil
- C.com. Code de commerce
- C.E. Conseil d'Etat
- C.G.I. Code général des impôts
- Ch. Mixte. Chambre mixte de la Cour de cassation
- Chr. Chronique
- C.I.A.S.I. Comité interministériel pour l'aménagement des structures industrielles
- C.I.D.I.S.E. Comité interministériel pour le développement de l'industrie et le soutien de l'emploi
- Civ. Chambre civile de la Cour de cassation
- C.O.B. Commission des opérations de bourse
- C.O.D.E.F.I. Comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises.
- C.O.D.I.S. Comité d'orientation pour le développement des industries stratégiques
- coll. Collection
- c.org.jud. Code de l'organisation judiciaire
- Com. Chambre commerciale de la Cour de cassation
- C.N.M.E. Caisse nationale des marchés de l'Etat
- Crim. Chambre criminelle de la Cour de cassation
- C.pénal Code pénal
- C.Sécurité Soc. Code de la Sécurité Sociale
- C.Trav. Code du Travail
- D. Doctrine
- D. ou D.S. Recueil Dalloz-Sirey
- D.,I.R., Recueil Dalloz-Sirey, Informations Rapides
- Dactyl. Dactylographié
- D.A.T.A.R. Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale
- D.H. Recueil Dalloz hebdomadaire
- D.L. Décret-loi
- Dr. Social Revue Droit Social

- éd. édition
- Encycl. Dalloz, Encyclopédie Dalloz
- F.D.E.S. Fonds de développement économique et social
- F.S.A.I. Fonds spécial d'adaptation industrielle
- Gaz.Pal. Gazette du Palais
- I.D.I. Institut de développement industriel
- J.C.P. ou J.C.P. (éd.G) Jurisclasseur périodique La Semaine Juridique (édition générale)
- J.C.P. éd. C.I. La Semaine Juridique (édition Commerce et Industrie)
- J.C.P. éd. N. La Semaine Juridique (édition notariale)
- J.O. Journal Officiel, lois et décrets
- J.O. Déb. Ass.Nat. Journal Officiel débats de l'Assemblée Nationale
- J.O. Déb. Sénat Journal Officiel débats du Sénat
- J.O.C.E. Journal Officiel des Communautés Européennes
- Journ. Not. Journal des Notaires et des Avocats
- Juris-Cl. Jurisclasseur
- L.G.D.J. Librairie générale de droit et de jurisprudence
- Lib. Techn. ou Litec, Librairies Techniques
- nouv.C.pr.civ. Nouveau code de procédure civile
- obs. Observations
- op.cit. ouvrage cité
- ord. ordonnance
- P.M.E. Petites et moyennes entreprises
- P.M.I. ou M.P.I. Petites et moyennes industries
- préc. précité
- Rép. Defrénois Répertoire du notariat Defrénois
- Rép. Min. Réponse ministérielle
- Rép. Civ. Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil
- Rép. Com. Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial
- Rép. Soc. Encyclopédie Dalloz, Répertoire des sociétés
- Rép. Trav. Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit du travail
- Req. Chambre des Requêtes
- Rev. fid. Revue fiduciaire
- Rev. fr. comptabilité Revue française de comptabilité
- Rev. Jurisp. Com. Revue de Jurisprudence Commerciale, Journal des agrées.
- Rev. Soc. Revue des Sociétés, Journal des Sociétés
- Rev. Synd. Revue des syndics et administrateurs judiciaires de France
- Rev. trim.dr.civ. Revue trimestrielle de droit civil
- Rev.trim.dr.com. Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
- Rev.trim.dr.Europ. Revue trimestrielle de droit européen
- S. Recueil Sirey
- S.D.R. Sociétés de développement régional
- Som. sommaires
- Trib.Com. Tribunal de commerce
- Trib.gr.inst. Tribunal de grande instance
- V° Vis Mots
- Vol. volume.

PREFACE

Les chiffres sont toujours difficiles à interpréter. Il semble bien, même aujourd'hui, qu'il se crée plus d'entreprises en France, chaque année, qu'il n'en disparaît par l'effet des procédures collectives. Et le nombre total de ces procédures ne représente pas 1 % du nombre total des entreprises. Mais, nous le savons tous, des secteurs entiers de l'économie, la sidérurgie, le textile, la construction navale et d'autres encore, n'échappent aux procédures collectives que par l'effet des aides directes ou indirectes de l'Etat. On a aussi le sentiment, ces derniers temps, que les procédures collectives menacent même des entreprises que leur taille jusqu'ici semblait mettre à l'abri de tout danger. Par ailleurs, on peut constater tous les jours combien le personnel des entreprises en difficulté, l'environnement régional, l'opinion publique et les milieux politiques qui lui font écho, acceptent de plus en plus mal les fermetures d'usines ou de commerces. Il y a donc bien, au-delà des chiffres, un problème des entreprises en difficulté et il était opportun qu'un juriste entreprenne, du point de vue qui est le sien, l'inventaire et l'évaluation des techniques juridiques dont disposent les parties intéressées pour opérer, ou plus exactement pour tenter d'opérer, le renflouement des entreprises en difficulté.

Ces moyens sont nombreux, du moins apparemment. Une grande distinction doit être faite entre eux selon qu'ils interviennent avant ou après l'ouverture d'une procédure collective, quoique certaines techniques, comme l'administration provisoire, montrent que l'on peut passer insensiblement d'une phase à l'autre. Il reste qu'avant l'ouverture d'une procédure collective les techniques de renflouement ne peuvent être qu'amiables, souples et parcellaires. Après elles sont nécessairement contraignantes, globales et bureaucratiques. De toutes ces techniques, l'ouvrage fait un recensement minutieux et exemplaire, que l'on peut estimer quasiment exhaustif. Non pas que toutes les techniques étudiées constituent, à proprement parler, des procédures de renflouement. Mais toutes y contribuent, lors même qu'il ne s'agit, le cas échéant, que de simples expédients. Il ne m'appartient pas de reprendre cet inventaire, mais plutôt de souligner comment, de cet ensemble à première vue disparate et qui emprunte à tous les domaines du droit, se dégagent un certain nombre de notations ou de suggestions qui courent à travers l'ouvrage et ajoutent à son prix.

Les études très savantes poursuivies depuis de nombreuses années par la Caisse Nationale des Marchés de l'Etat imputent une grande majorité des difficultés des entreprises à l'incompétence de leurs dirigeants.

La proportion est trop forte pour être crédible. Livrée aux mass-média, elle provoquerait les réactions contradictoires que l'on imagine. **Faillitus ergo fraudator**, comme disait le vieux Balde de Pérouse. Il serait tout aussi injuste de dire : **Faillitus ergo imperitus**.

Mais, ramené à de plus justes proportions, le constat laisse néanmoins planer un doute sur nombre de tentatives de renflouement menées par les dirigeants à l'origine même des difficultés. La tendance de la pratique est d'ailleurs de réaliser le renflouement à travers la reprise de l'affaire par d'autres capitaux et d'autres hommes, malgré les obstacles que notre droit oppose à cette procédure, de manière, il est vrai, tout à fait involontaire. De toutes façons, quelles que soient la valeur ou les faiblesses des hommes, le renflouement se gère comme toute chose et il y faut de la méthode. En matière de suspension provisoire des poursuites, les textes exigent un plan de redressement, et un bon plan suppose, au préalable, un bon diagnostic. La pratique des diagnostics et des plans tend à se répandre. Elle est utile dans le règlement judiciaire, mais aussi dans les procédures amiables et, en fait, chaque fois que l'entrepreneur sollicite l'aide ou la patience de ses interlocuteurs. Si notre législation définissait les conditions et la procédure d'un bon diagnostic et d'un bon plan, élaborés contradictoirement, peut-être même pourrait-on admettre plus facilement des concordats amiables, qui auraient l'avantage d'intervenir plus tôt, et de transformer les procédures judiciaires en procédures de contrôle **a posteriori**, alors qu'elles sont aujourd'hui des procédures de contrôle **a priori**. Sans doute faudrait-il aussi modifier notre conception de l'égalité des créanciers. Nous l'entendons comme l'égalité des droits. Elle pourrait signifier l'égalité dans les sacrifices. L'ouvrage montre bien comment, dans les concordats amiables, la tendance est aujourd'hui d'indemniser intégralement les « petits » et de répartir la perte ou les délais entre les seuls « gros ».

Assurément, les techniques juridiques ne peuvent résoudre entièrement un problème qui est d'abord financier. Mais, elles peuvent en faciliter la solution, et ce n'est pas le moindre mérite de cet ouvrage que de le montrer clairement.

Longuement mûri, nourri aux meilleures sources de la pratique lyonnaise et nationale, écrit avec beaucoup de scrupules, l'ouvrage de Monsieur HAEHL fait grand honneur à son auteur et, en même temps qu'il rendra service à tous ceux qui voudront bien le consulter, il constitue les prémices d'une carrière qui s'annonce heureuse et féconde.

Paul DIDIER

Professeur à l'Université Paris IX Dauphine
Président Honoraire de l'Université Paris IX Dauphine

INTRODUCTION

1- Le développement de l'économie dépend en grande partie d'un processus de destruction des activités inutiles ou moins utiles et d'adaptation des facteurs de production aux techniques et besoins nouveaux (1).

Cette destruction créatrice est un phénomène universel. Tout au plus, trouve-t-on une différence, selon les politiques économiques choisies, dans les moyens mis en oeuvre pour réaliser une telle transformation. Dans une économie libérale, dont le moteur est l'entreprise privée, la faillite constitue un moyen d'assainissement des circuits industriels et commerciaux. En dehors de la fermeture volontaire par le chef d'entreprise, cette issue constitue même le seul moyen d'assainissement de l'économie, puisque l'Etat ne dispose pas du droit régalien de procéder à une telle fermeture comme dans une économie étatique (2). Pour assurer la moralité commerciale, le crédit public et le paiement égalitaire des créanciers, diverses techniques ont été élaborées.

Les procédures de faillite, ou procédures collectives (3) ont fait suite

(1) J. Saint Geours, La politique économique des principaux pays industriels de l'Occident, 2^e éd., 1973, Sirey, p. 133.

(2) R. Houin, débats lors du Colloque de l'Association Droit et Commerce, mai 1976, Les entreprises en difficulté, Rev. Jurisp. Com. 1976, p. 253 et s., Rev. Française de Comptabilité 1976, p. 373 et s., spéc., p. 447.

(3) Depuis que la loi du 13 juillet 1967 a réservé le terme de faillite aux sanctions contre les personnes, il est plus exact d'utiliser les mots de procédures collectives : le droit français est le seul, parmi les pays européens, à avoir abandonné le sens traditionnel du terme « faillite » : cf. Les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé, sous la dir. de R. Rodière, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris, T. XXXV, éd. Economica, Paris, 1976, J. Béguin, p. 138 ; *adde* : M. Vasseur, Droit commercial, 4^e année, Fasc. VIII, 1975-1976, Les Cours de Droit, Paris, p. 983.

aux procédures individuelles ou coexisté avec elles pour des catégories particulières de débiteurs.

2- Très tôt cependant aux caractères marqués de voie d'exécution et de répression de ces procédures s'est adjoint l'objectif de permettre le redressement de l'entreprise après l'apurement plus ou moins complet de son passif. La fonction d'élimination pure et simple des entreprises qui ne sont plus viables, ou dont les dirigeants ont gravement manqué à la foi commerciale (4) est restée utile, parmi d'autres techniques, pour assurer le paiement égalitaire des créanciers et sanctionner les débiteurs responsables. Mais les procédures de concours peuvent aussi conduire au renfouement de l'entreprise, grâce par exemple à l'accord des créanciers qui consentent des remises ou des délais permettant l'homologation par le tribunal d'un concordat. La conception économique des réformes réalisées en 1967 rend impérative la prise en compte de cette fonction de renfouement ; elle est même prioritaire dans la procédure exceptionnelle de la suspension provisoire des poursuites instituée par l'Ordonnance du 23 septembre 1967.

3 - En pratique, la quasi-totalité (5) des entreprises soumises aux procédures de concours sont placées en liquidation des biens (6). On ne

(4) Depuis la loi du 13 juillet 1967, la séparation du sort des hommes de celui de l'entreprise empêche que cette seule cause conduise à la liquidation des biens, sauf dans le cas de l'entreprise à caractère personnel.

(5) A l'occasion du Colloque de mai 1976 (préc., p. 411) J. Martineau révélait qu'en 1974, pour le Tribunal de commerce de Paris, les concordats exécutés ne représentaient que 1,7 % du total des procédures de concours ; tous les praticiens admettent que les règlements judiciaires conduisent à un échec, c'est-à-dire à une liquidation des biens, dans 99 % des cas ; cf. Caisse Nationale des Marchés de l'Etat, Bulletin n° 76, 3^e trimestre 1977, p. 62.. Tableau des procédures du Tribunal de commerce de Paris de 1973 à 1975 (sur échantillon) ; cf. infra Annexes : pour le Tribunal de commerce de Paris, en 1979, sur un total de 456 règlements judiciaires prononcés, 304 ont été convertis en liquidations des biens (66,66 %) ; pour le Tribunal de commerce de Lyon, en 1979, sur les 56 règlements judiciaires prononcés, 31 ont été convertis en liquidation des biens (55,35 %), ce qui donne, après les cas de conversion, 5,93 % de règlements judiciaires sur le total des procédures de concours.

(6) On estime généralement que plus de trois-quarts des procédures de liquidation des biens sont clôturées pour insuffisance d'actif : cf. les chiffres cités par A. Honorat : Rép. Com. Vis Faillite... (modes de clôture), 1977, n° 1 092 ; en 1979, à Paris, 2296 liquidations des biens, sur un total de 2 611 ont été ainsi clôturées, soit 87,93 % (en 1978, 2 047 sur un total de 2 317, soit 88,34 %) (Discours prononcés le 4 janvier 1980 lors de l'Audience solennelle

saurait pour autant réduire leur rôle à l'élimination du débiteur et à la répartition de l'actif entre les créanciers. Même dans le cas d'une liquidation des biens, le traité à forfait (7) permet une cession de l'entreprise, qui peut poursuivre son activité dans un cadre juridique et économique différent.

Il est inexact de les assimiler à un mécanisme d'éviction des entreprises qui se sont avérées les moins aptes à soutenir la concurrence (8). En réalité, la continuité et la permanence des entreprises sont l'un des impératifs de la vie économique et sociale et doivent pouvoir être assurées par

(suite de la note de la page précédente)

d'installation du Tribunal de Commerce de Paris, Imprimerie Municipale, Paris, 1980, p. 48 et s., statistiques reproduites infra Annexes). Le Compte général de la Justice, année 1975 (La Documentation Française, 1979, T. II, p. 632) relève 5 479 clôtures pour insuffisance d'actif sur un total de 6 698 liquidations des biens clôturées en 1975, soit 81,80 % ; Rép. Min. J.O. Déb. Ass. Nat. 9 mai 1979, p. 3 654 : « Les procédures de liquidation des biens des entreprises mettent de plus en plus en évidence, dès leur ouverture, une disproportion entre l'actif et le passif, de sorte qu'elles doivent être clôturées pour insuffisance d'actif ». Les statistiques de quelques pays voisins font état d'une situation tout à fait comparable à celle de la France en ce domaine (L. Dallèves et M. Ammann, La protection des droits des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur. Etude comparative pour une assurance-insolvabilité, Centre d'Etudes juridiques Européennes, Genève, 1980, p. 3, 23 et 59) ; en Suisse, le nombre des faillites ouvertes est passé de 1 700 en 1970 à 3 004 en 1977 ; en 1977, dans 1 774 cas il y a eu liquidation sommaire, dans 374 cas il y a eu liquidation ordinaire, et dans 856 cas il y a eu suspension de la liquidation faute d'actifs (soit dans environ 30 % des faillites ouvertes) ; en Allemagne Fédérale, le nombre des réquisitions de faillite est passé de 3 943 en 1970 à 9 444 en 1977 ; et en 1977, dans 6 837 cas la requête a été rejetée faute d'actifs, soit dans près des deux-tiers des cas (72,39 %).

(7) article 88 de la loi du 13 juillet 1967. Selon M. le Président J. Piot (discours du 4 janvier 1980, préc., p. 30) : « aucune statistique n'existe en l'état permettant de dire combien d'entreprises, au sens économique du terme, ont ainsi survécu, se sont rétablies et sont devenues prospères après un passage nécessaire par la procédure de liquidation des biens. Mais les magistrats des Tribunaux de Commerce savent bien que si une entreprise est viable un industriel du secteur concerné saura généralement saisir l'occasion qui se présente de la reprendre et de la réorganiser dans un cadre financier et social assaini. Les frais de l'opération réalisée sous cette forme sont payés par les actionnaires et les créanciers. On peut certes le regretter, mais là encore ce serait du domaine du rêve que de croire à une réversibilité de la législation sociale et fiscale ».

(8) Rapport A. Méric, Sénat, sur le projet de loi (devenu la loi n° 73-11 194 du 27 décembre 1973, intégrée dans les articles L.143-11 à L.143-11-6 du Code du travail, tendant à assurer en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens le paiement des créances résultant du contrat de travail), 5 décembre 73, p. 3 ; l'exposé des motifs du projet de loi n° 3 214, relatif à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, annexé au procès-verbal de la séance du 15 novembre 1977 (rendu caduc par la fin de la Législature), rappelle que la défaillance d'une entreprise reste un accident somme toute normal ; cf. M.J. Campana Reymond de Gentile, Le projet de réforme des procédures collectives (étude critique), D. 1977, Chr. 273 ; *adde* ; Projet de loi n° 974, J.O. Ass. Nat., annexé au procès-verbal de la séance du 17 avril 1979, cf. infra n° 53.

le droit des procédures collectives toutes les fois que cela paraît possible et utile (9).

4 – En plus de leurs fonctions de liquidation et de renflouement des entreprises en difficulté, les procédures collectives ont une fonction préventive. Les sanctions, jadis extrêmement sévères contre la personne même du débiteur, ou les sanctions pénales et patrimoniales actuelles, montrent bien que le législateur a manifesté son souci de prévenir le caractère irrémédiable des difficultés. La procédure de suspension provisoire des poursuites n'a même été instituée que dans cet objectif. Dans quelques pays existent des concordats préventifs (10) et à toutes les époques les pouvoirs publics ont usé de la technique des moratoires pour alléger provisoirement les charges des débiteurs à l'occasion de guerres ou de crises économiques. Un projet de loi récent, faisant suite aux travaux du Comité d'études pour la réforme de l'entreprise (11), ainsi qu'à de nombreuses recherches doctrinales (12) propose d'introduire en droit positif diverses techniques de prévention des difficultés des entreprises (13).

5 – La prévention n'est pas étrangère aux procédures collectives, elle en constitue au contraire l'une des fonctions principales. En dehors du cas particulier de la procédure de suspension provisoire des poursuites, les procédures de droit commun (règlement judiciaire (14) et liquidation des biens) sont organisées – au moins en théorie – à partir de cet objectif. Les diverses et nombreuses sanctions prévues à l'encontre des débiteurs fautifs n'ont pas seulement pour but de les éliminer de la vie commerciale et d'empêcher leur récidive, mais constituent autant d'incitations à prévenir la survenance des difficultés graves. La notion de

(9) R. Houin, *Permanence de l'entreprise à travers la faillite* (communication faite à l'Inspection Générale des Finances le 6 octobre 1964), *Liber Amicorum* baron L. Fredericq, 1965, T. 2, 609, et annexé au Rapport de l'Inspection Générale des Finances, Aspects Économiques de la Faillite et du règlement judiciaire, Bibl. de droit commercial, Sirey, 1970, préf. V. Giscard d'Estaing, p. 140.

(10) cf. Annexes : *Éléments de droit comparé*.

(11) ou Rapport Sudreau, *La Documentation française*, 1975.

(12) cf. en particulier les travaux du Colloque de mai 1976, préc.

(13) cf. projet de loi n° 3 214 préc., projet de loi n° 974, préc. et cf. infra n° 53.

(14) F. Derrida, *Pour une conception nouvelle du concordat dans le règlement judiciaire*, Dix ans de Droit de l'entreprise, Bibl. de droit de l'entreprise, T. 7, Lib. Techn., 1978, p. 62 et s.

cessation des paiements (15) est d'ailleurs conçue de manière à laisser aux dirigeants de l'entreprise toute latitude pour tenter d'éviter la réalisation de cette sorte d'état dangereux et irréversible, caractérisé par une situation permanente de crise financière (16).

6 – Avant même l'introduction en droit positif des procédures collectives, et indépendamment de celles-ci, de très nombreuses techniques ont été utilisées pour tenter de renflouer les entreprises. Lorsque des difficultés graves ne suffisent pas à révéler un état de cessation des paiements – au sens juridique – ou plus simplement lorsqu'il espère retarder le dépôt de son bilan le débiteur peut avoir recours à diverses technique du droit commun, souvent d'origine contractuelle. Ce sont notamment les reports d'échéances, l'octroi de crédits à plus ou moins long terme, des accords avec les créanciers pour obtenir des délais et des remises volontaires de leur part, ou encore une liquidation partielle, des opérations de fusion par absorption...

Ces moyens, plus ou moins dilatoires et efficaces, ont toujours été utilisés (17). Certaines entreprises en situation désespérée sont maintenues dans un état de survie artificielle par leurs sociétés-mères, par les banques, par les pouvoirs publics ou par quelques-uns de leurs dirigeants. Ces derniers engagent progressivement leur patrimoine personnel ou celui de leur famille, afin d'honorer quelques échéances. Il est rare cependant que cela suffise à redresser une situation financière gravement déséquilibrée.

Ces procédés dilatoires prennent de nos jours une certaine ampleur et les tribunaux ont à juger **quelques** actions en responsabilité (18) et ac-

(15) cette notion a été pendant longtemps conçue d'une manière trop restrictive et vient de connaître une évolution, cf. infra n° 35 et s.

(16) J. Paillusseau, Qu'est-ce qu'une entreprise en difficulté ?, Colloque de mai 1976, préc., p. 382.

(17) cf. infra Annexes la fréquence des accords amiables relevée dans les pays européens.

(18) Les plus connues concernent les banques (cf. infra n° 108), mais on a justement relevé qu'il s'agissait de « mauvais précédents », ces « affaires recouvrant souvent des incidences pénales graves qui en expliquent la sévérité » : C. Gavalda et J. Stoufflet, Chr. de droit bancaire, J.C.P. 1978, éd. C.I., 12 622, p.51 et J.C.P. 1978, éd. G., D, 2 902.

tions en comblement du passif (19).

7 – Sans faire appel aux procédures collectives, de telles techniques de renfouement sont cependant nécessaires et peuvent permettre de donner une solution durable aux difficultés rencontrées. Beaucoup de groupes industriels se sont d'ailleurs constitués grâce à des rachats successifs d'entreprises en difficulté concurrentes ou complémentaires de leurs propres activités. Les pouvoirs publics, de leur côté, ont favorisé ce type de regroupements, en particulier dans le cadre du V^e Plan, afin de moderniser et de réorganiser l'appareil productif français et de le rendre plus compétitif en Europe. Par les effets conjugués de la politique du crédit (20), des aides et prêts consentis, des incitations fiscales, du relèvement des charges sociales ou encore de l'augmentation du S.M.I.C., nombre d'entreprises se trouvent condamnées à choisir, si elles le peuvent, entre la « faillite » et l'absorption. On a pu dire que le processus de concentration capitaliste est au cœur même des réformes de la faillite (21) et d'une façon plus générale que l'évolution du droit commercial n'est finalement rien d'autre que la mise en ordre de la révolution industrielle (22).

(19) Pour le Tribunal de commerce de Lyon (cf. *infra*, Annexes) 37 condamnations, en 1978, en application de l'article 99 de la loi de 1967, sur un total de 411 procédures (soit 9,002 %), et 16 en 1979 sur un total de 421 procédures (soit 3,80 %) ; pour le Tribunal de commerce de Paris (*infra*, Annexes), en 1979, 136 condamnations en application de l'article 99, sur un total de 2 611 liquidations des biens (soit 5,20 %), 125 faillites personnelles (soit 4,78 %) et 779 déchéances du droit de gérer (soit 29,83 %) ; au cours de l'année 1975 (Compte général de la justice, préc.) 545 condamnations rendues en application de l'article 99, sur un total de 11 454 procédures clôturées au cours de cette même année, soit 4,75 % ; P. Fangain, Statistiques sur les procédures collectives du ressort du Tribunal de commerce de Paris, *Gaz.- Pal.* 1979, I, D, 243.

(20) voir le tableau des effets de la politique du crédit sur le nombre des défaillances d'entreprises entre 1968 et 1976 : J. Albert et L. Vialet, Les défaillances d'entreprises depuis dix ans : un tournant en 1974, *Economie et Statistiques* 1977, n° 95, p. 33 et s., spéc., p. 38 ; Rép. Min. n° 33 944, J.O. Déb. Ass. Nat., 27 octobre 1980, p. 4 544 ; à la suite du renforcement de l'encadrement du crédit, au début de l'année 1980, les pouvoirs publics ont recommandé aux établissements de crédit d'accorder un traitement prioritaire aux demandes de concours présentées par les P.M.E. et attiré l'attention des C.O.D.E.F.I. sur la situation de ces entreprises (cf. *infra* n° 103).

(21) G. Farjat, *Droit économique*, P.U.F., 1971, p. 98 ; A. Tandé, Les restructurations se poursuivent en 1976, *Economie et Statistiques*, 1977, n° 92, p. 70 ; R. Rodière et B. Oppetit, *Droit Commercial, Groupements commerciaux*, 10^e éd., 1980, Dalloz, n° 337 ; J. Hémard, F. Terré et P. Mabilat, *Sociétés commerciales*, T. 3, Dalloz, 1978, n° 761 et spéc., n° 763 pour le nombre des fusions de 1954 à 1978 ; *adde* : le problème du contrôle de la concentration économique et de la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, cf. Loi n° 77-806 du 19 juillet 1977, J.O. 20 juillet ; J.C.P. 1977, III, 45 979, et Décret n° 77-1 189 du 25 octobre 1977, J.O. 26 octobre p. 5 223, D. 1977, L, 451.

(22) Cl. Champaud et J. Paillusseau, *L'entreprise et le droit commercial*, Paris, 1970, p. 128.

8 – Ces techniques présentent cependant de nombreux dangers. Lorsqu'elles contiennent des mesures propres à assurer le rétablissement, c'est-à-dire qu'elles sont en même temps curatives, elles peuvent être efficaces à long terme ; mais généralement le redressement économique et financier ne sera réalisé que grâce à l'amélioration de la productivité et des circuits commerciaux, souvent obtenus par une cession ou une liquidation de certaines unités de production, au moyen d'apports de capitaux, de techniciens et de savoir-faire, et aussi au prix de nombreux licenciements (23).

Lorsqu'au contraire les techniques utilisées ont un caractère dilatoire, ou s'avèrent insuffisantes, l'absence de publicité de certaines d'entre elles permet de ne pas porter atteinte au crédit de l'entreprise, mais favorise aussi de multiples fraudes et en définitive cause un préjudice plus important encore au crédit en général. La seule issue sera bien souvent le recours aux procédures collectives.

La grande majorité des chefs d'entreprise continuent de retarder le plus possible le dépôt du bilan, usant d'expédients coûteux qui ont souvent pour résultat de condamner l'entreprise à la liquidation des biens (24). Vraisemblablement une conception trop stricte du secret des affaires favorise l'échec des tentatives de renfouement dans le cadre des procédures collectives ; le débiteur pouvant cacher l'état réel de sa situation financière, ses créanciers ne peuvent l'assigner à temps et le tribunal se trouve dans l'impossibilité de se saisir d'office.

Fréquemment une procédure de liquidation des biens ou une action en responsabilité offre l'occasion de suivre le cheminement lent et inexorable d'une entreprise dont le redressement économique et financier se révèle impossible.

9 – Dans une espèce (25) qui a valeur d'exemple, une entreprise familiale, déjà ancienne, connaît en 1969 des difficultés sérieuses de trésor-

(23) F. Derrida, La sécurité de l'emploi et le droit des procédures collectives. Droit social, n° spécial : Le droit social et l'entreprise en difficulté ou en liquidation, février 1978, p. 62 et s., spéc. p. 91 : « quand (l'entreprise) peut survivre, le licenciement d'un certain nombre (de salariés) est le plus souvent une condition nécessaire de son sauvetage et du même coup de la préservation de l'emploi des autres ».

(24) Caisse Nationale des Marchés de l'Etat, L'origine des difficultés des entreprises françaises tombées en règlement judiciaire, Bulletin n° 76, 3° trimestre 1977, p. 62.

(25) Paris 6 janvier 1977, D. 1977, 144, note M. Vasseur, J.C.P. 1977, II, 18 689, note J. Stoufflet, Rev. Jurisp. Com. 1977, 142, note X. Vincent, Banque 1977, 476, note L. Martin, Rev. trim. dr. com. 1977, 140, obs. M. Cabrillac et J. L. Rives-Lange, C.Gavalda et J. Stoufflet, Chr. de droit bancaire, J.C.P. 1978, D, 2 902, n° 48.

rierie et obtient des prêts à long terme assortis de sûretés de ses banques ; ces dernières conseillent et obtiennent le remplacement du directeur général adjoint. En 1971, on découvre que les bilans étaient falsifiés depuis 1963 et que le passif était encore plus important qu'on ne le pensait. La société adopte la forme d'une société anonyme à directoire, et son fondateur est éloigné de la gestion en devenant président du conseil de surveillance. Afin de reconstituer l'actif, une société immobilière (propriété du fondateur et de sa famille) est absorbée, puis une convention est passée avec les banques aux termes de laquelle d'autres absorptions de biens immobiliers devront être faites en contrepartie d'une consolidation des crédits à court terme. C'est le refus opposé par la famille d'exécuter ces dernières opérations lui entraîne la démission du président du directoire, et la société se trouve placée sous administration provisoire. A la fin de l'année 1971, les banques déposent une requête aux fins de suspension provisoire des poursuites, mais le tribunal, constatant l'état de cessation des paiements, prononce d'office le règlement judiciaire, l'étend plus tard aux principaux dirigeants et actionnaires. Un fonds de commerce de la société est placé en gérance libre. Le fondateur et sa famille refusant de participer financièrement au renfouement, il est impossible de présenter un concordat sérieux et, en 1975, le tribunal convertit la procédure en liquidation des biens ; il fait application de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 aux principaux dirigeants, et reporte la date de la cessation des paiements au 17 juillet 1970. Les syndicats engagent alors une action en responsabilité contre les banques, sur le fondement de l'article 99 et des articles 1382 et 1383 du code civil (26) et par instance séparée introduisent une action en responsabilité contre les commissaires aux comptes (27).

Pour tenter de redresser cette entreprise on a ainsi fait usage d'un certain nombre de techniques contractuelles, puis les tribunaux ont appliqué successivement deux procédures collectives, après le placement de la société sous le régime de l'administration provisoire. On observe aussi l'introduction d'actions en responsabilité à l'encontre des banques et des commissaires aux comptes.

(26) Leur responsabilité n'a pas été retenue par la Cour de Paris le 6 janvier 1977, préc. ; le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Ch. Com. le 9 mai 1978, D. 1978, 419, Banque 1978, 955, Rev. française de comptabilité 1978, 389, note M. Vasseur, Banque 1978, 899, note L. Martin, J.C.P. 1979 éd. C.I. 13 068, note J. Stoufflet, Bull. IV, n° 136, p. 114.

(27) La Cour de Paris, le 23 février 1978, a retenu le principe de leur responsabilité : D. 1978, I.R., 335, obs. A. Honorat, Rev. Jurisp. Com. 1978, 347 obs. A. Honorat, Rev. Soc. 1979, 92, note E. du Pontavice, Gaz.-Pal. 1978, II, J, 375, note A.P.S. La Chambre Commerciale, le 11 décembre 1979, a cassé cet arrêt au motif de l'incompétence du tribunal de commerce pour statuer sur cette question (Rev. Jurisp. Com. 1980, 115, note A.H., Bull. cons. nat. com. comptes 1980, 49).

Les conséquences du retard apporté à une analyse correcte de la situation puis à la mise en oeuvre de techniques de renfloement susceptibles de redresser durablement et efficacement l'entreprise sont patentées.

10 – Certaines de ces techniques de renfloement, autres que les procédures collectives, peuvent être utilisées pour favoriser la réalisation même de ces dernières. On a souvent affirmé que la suspension provisoire des poursuites permet de mettre l'entreprise à l'abri des poursuites pour négocier une opération d'absorption, qui est souvent la seule solution pour une entreprise de dimension régionale ou nationale, ou bien on constate qu'une telle entreprise ne peut être renflouée sans une aide importante des pouvoirs publics (28). Dans le cadre des procédures collectives traditionnelles la location-gérance est fréquemment utilisée, en dépit de ses inconvénients (29) et elle peut être considérée comme un moyen de régénération de l'entreprise (30). Le traité à forfait de l'article 88 de la loi du 13 juillet 1967 est, selon les praticiens, une bonne solution de la liquidation des biens (31). Enfin, les pouvoirs publics interviennent fréquemment par des aides financières ou des prêts importants pour permettre à certaines conditions le renfloement d'une entreprise soumise à une procédure de concours (32) ; on a pu parler du « non-droit » de l'intervention étatique (33) et considéré l'absence d'un cadre juridique à cette

(28) J. P. Haehl, Vers l'élaboration d'un droit économique des entreprises en difficulté. Bilan et perspectives de l'Ordonnance du 23 septembre 1967 (à propos de l'application de l'Ord. du 23 sept. 1967 à la Société Manufrance), Rev. Jurisp. Com. 1979, p. 1 et s.

(29) Rép. Com. Vis Faillite... (modes de clôture), 1977, n° 531, F. Derrida, et ibid. n° 853, M. J. Campana ; F. Derrida, La sécurité de l'emploi et le droit des procédures collectives, art. préc. p.62, n° 21 ; R. Le Roux Cocheril, La « faillite » et l'article L. 122-12 du Code du Travail, Droit Social 1978, n° spécial préc., p. 93, spéc., p. 96.

(30) C. Champaud, Colloque de mai 1976 préc., p. 480.

(31) M. Ferrari, Colloque de mai 1976, préc., p. 444 ; *adde* ; M. Ferrari, La responsabilité civile du chef d'entreprise en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, thèse, Paris, 1970, dactyl., p. 7 n° 4.

(32) J. Funel, Les entreprises en difficulté : quelques observations sur les interventions de l'Etat, Droit Social 1978, n° spécial préc., p. 17.

(33) C. Champaud, Colloque de mai 1976, préc., p. 491 ; pour les problèmes soulevés par la responsabilité éventuelle des pouvoirs publics et des fonctionnaires, cf. C. Champaud, La responsabilité des organismes publics et para-publics, Colloque de mai 1976, préc., p. 488 ; C. Champaud, La place de l'intérêt public dans les procédures collectives, Colloque des 11 et 12 mai 1978, Faculté de Droit de Lille, La refonte du droit de la faillite, Université de Lille III, 1979, p. 109.

intervention comme l'une des lacunes essentielles de la réforme de 1967 (34).

Tout un ensemble de techniques différentes se trouve avoir vocation à s'appliquer, avec diverses adaptations, aussi bien dans le cadre des procédures judiciaires qu'en dehors d'elles. Les techniques extérieures aux procédures de concours ne sont en effet pas les seules qui permettent le renfouement des entreprises en difficulté, et elles s'avèrent même souvent peu adaptées à cette fonction.

11 – La mesure de l'importance du problème des entreprises en difficulté doit être recherchée dans l'estimation de leur nombre. Une évaluation sérieuse apparaît impossible, en raison de l'absence de critère précis. Selon que l'on adopte une conception large ou étroite, les chiffres peuvent varier à l'extrême. On ne peut se contenter des critères de cessation des paiements ou de situation financière difficile non encore irrémédiablement compromise, retenus en droit positif pour l'ouverture des procédures de concours, puisque diverses techniques de renfouement sont utilisées en dehors de ces hypothèses.

Les études et projets tendant à instituer des techniques de prévention des difficultés (35) font appel à divers indices, ratios, « clignotants » (36) qui restent encore discutés et ne permettront pas d'appréhender statistiquement le phénomène. Parmi d'autres obstacles à une parfaite connaissance de l'exakte situation économique et financière de l'entreprise, la diversité des situations, l'hétérogénéité des modes de gestion, le secret des affaires, rendent très aléatoire toute tentative d'évaluation du nombre exact des entreprises en difficulté. Il n'est guère possible de savoir si une cession de contrôle, une absorption, un report d'échéance ou une demande de prêt sont opérés pour résoudre de sérieuses difficultés ou pour assurer un meilleur développement de l'entreprise. On a cependant

(34) Projet de loi portant approbation du rapport sur les principales orientations du VIII^e Plan, n° 1 055, annexé au procès-verbal de la séance du 11 mai 1979, Ass. Nat., p. 79 : « Les aides publiques doivent, d'une façon générale revêtir une forme contractuelle et temporaire. Une économie compétitive exclut l'assistance permanente et les subventions inconditionnelles » ;

(35) cf. Rapport Sudreau et les projets de loi préc. ; cf. infra n° 51 et s.

(36) pour employer un vocable mis en honneur par la presse lors de la publication du Rapport Sudreau ; la pratique a aussi recours à la théorie du « going concern » ou continuité d'exploitation : J. Paillusseau, Colloque de mai 1976, préc., p. 379 ; E. du Pontavice, Les mécanismes destinés à alerter le conseil d'administration de la société anonyme, Colloque de mai 1976, préc., p. 468 ; E. du Pontavice, La prévention des difficultés des entreprises, Colloque de Lille, 1978, préc. p. 13.

affirmé (37) qu'en 1977 près de quinze pour cent de l'industrie française était en difficulté. Une telle estimation ne paraît pas excessive lorsque l'on constate que des secteurs industriels entiers (38) sont depuis plusieurs années dans une situation proche de l'état de cessation des paiements.

Cette approximation ne permet cependant que de donner une idée de l'ampleur du phénomène.

12 – Des statistiques précises sont établies (39) de l'application des procédures collectives et elles présentent un très grand intérêt. A l'évidence, elles ne concernent qu'une partie des entreprises en difficulté, et lorsque l'on constate que les liquidations des biens représentent plus de 90 % des procédures totales (40), le terme même de difficulté se révèle être un euphémisme pour caractériser la situation réelle des entreprises soumises à ces procédures.

13 – Le chiffre total des règlements judiciaires et liquidations des biens est passé de 13.842 en 1977 à 15.589 en 1978, 15 863 en 1979 (41), à 17 375 en 1980 (42) ; par comparaison leur nombre était de 8.865 en 1968, ce qui traduit une progression de 56 % entre 1968 et 1977, puis 11,7 % en 1977, 12,6 % en 1978, 1,8 % en 1979 et 9,53 % en 1980.

De 1968 à 1979, 445 suspensions provisoires des poursuites ont été prononcées, 266 plans de redressement et d'apurement du passif ont été acceptés par les tribunaux, sur lesquels 90 ont été exécutés en totalité, 80 transformés en règlements judiciaires ou liquidations des biens et 91 sont

(37) J. Brilman, *Le redressement des entreprises en difficulté*, éd. Hommes et Techniques, Paris, 1978, p. 18.

(38) tels que la construction navale, l'industrie textile, la sidérurgie... L'Assemblée Européenne s'est prononcée le 14 octobre 1980 pour le déclenchement de l'« état de crise manifeste » dans le secteur de l'acier.

(39) Statistiques établies depuis 1833 par le Ministère de la Justice, *Compte général de la Justice* (cf. *Compte de l'année 1975*, préc., p. 632 et s.) ; R. Rodière et B. Oppetit, *Droit commercial, Effets de commerce, contrats commerciaux, faillites*, 8^e éd., Dalloz, 1978, n° 268 ; des statistiques sont établies par l'I.N.S.E.E. et la Caisse Nationale des Marchés de l'Etat ; cf. statistiques des Tribunaux de Commerce de Paris, Lyon, Grenoble, Saint-Etienne, Chambéry et Bourg, reproduites infra, Annexes.

(40) On a déjà relevé qu'aussi bien pour la France que pour l'Allemagne Fédérale, 75 % des procédures de liquidations des biens sont clôturées pour insuffisance d'actif, cf. supra n° 3.

(41) Rép. Min. n° 31449, J.O. Déb. Ass. Nat., 13 octobre 1980, p. 4 344, J.C.P. 1981, IV. 8.

(42) *Le Monde* 22 janvier 1981, p. 29.

encore en cours d'exécution (43). Après douze années d'application de l'Ordonnance du 23 septembre 1967 on constate ainsi que sur les 175 plans acceptés (91 sont encore en cours d'exécution) 90 ont été exécutés soit 51,42 % ; par rapport au nombre de suspensions prononcées (445), il y a eu 59,7 % de plans acceptés et 41,17 % de conversions en règlement judiciaire ou en liquidation des biens.

Le montant total du passif avait été évalué en 1963 pour l'ensemble de la France à 1.500 millions de Francs (44). Pour le seul Tribunal de commerce de Paris, le montant cumulé des passifs en 1978 était de l'ordre de 12 à 15 milliards de francs, contre 8 à 9 milliards en 1977 et 1,5 milliard en 1973. Au cours de la même année 1978, le total des inscriptions de privilèges du Trésor s'est élevé à 8 milliards de francs, contre 4 milliards en 1977 (45). Ces chiffres ne constituent cependant qu'une approche de la réalité, ces estimations étant faites à partir des bilans déposés ou des inscriptions de privilèges. Pour le Tribunal du commerce de Lyon (46) le chiffre des inscriptions de privilèges du Trésor était de 437 millions de francs en 1978 et de 2.440 millions en 1979.

Le passif enregistré au profit de la Sécurité Sociale (47) s'élevait à 8 milliards de francs au 31 décembre 1977 (dette cumulée depuis 1946), dont 6,4 milliards de francs depuis 1974, qui sont considérés comme irre-couvrables dans une proportion de 55 % en raison des procédures collectives prononcées contre les débiteurs.

Enfin, le Rapport de la Cour des comptes (48) précisait qu'au 31 dé-

(43) Statistiques établies par M. H. Richaud, Président honoraire du Tribunal de Commerce de Lyon pour la Conférence générale des Présidents et Membres des Tribunaux de Commerce de France, reproduites avec son aimable autorisation, infra, Annexes. Caisse Nationale des Marchés de l'Etat, Bull. 1980, n° 87 ; La suspension provisoire des poursuites : un bilan.

(44) Aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire, op.cit., n°119-4.

(45) Audience solennelle d'installation du Tribunal de commerce de Paris, discours de M. Cesselin le 4 janvier 1979, le Monde 7-8 janvier 1979, p.26 et Gaz.-Pal. 16-17 février 1979, p.2 ; pour les chiffres antérieurs de ce même Tribunal voir les discours prononcés lors des audiences solennelles d'installation des années 1955, 1956, 1961 et 1969 à la Rev.-trim.dr.com. 1955, p.290, 1956, p.644, 1961,p.49 et 19, p.644, 1961,p.49 et 1969, p.431 ; R. Ithurbide, Histoire critique de la faillite, L.G.D.J., 1973, p.14 et s. ; Le Rapport de l'inspection générale des affaires sociales révèle qu'en 1972 les créances salariales produites se sont élevées à 86 millions de francs, dont 61 % sont restées impayées cité par J. Thillet-Pretnar, un aspect nouveau du droit du salaire, l'assurance des salaires. Etudes offertes à G.H. Camerlynck, Dalloz, 1978, p.167 ; pour les chiffres de l'année 1979 cf. infra Annexes.

(46) cf. infra Annexes.

(47) cf. infra n°95.

(48) Rapport de la Cour des comptes, année 1976, p.20.

cembre 1976, les créances d'impôts directs perçus par voie de rôle produites dans les règlements judiciaires et liquidations des biens ouverts depuis moins de six ans représentaient 6.309 millions de francs, 6.6 % des sommes dues (soit 420 millions de F.) ayant été apurés.

14 – De tels chiffres et une si forte augmentation peuvent sembler considérables et ils le sont effectivement en ce qui concerne le montant des passifs enregistrés dans le cadre de ces procédures et l'infime proportion des créanciers qui bénéficient de dividendes. Cependant, le nombre total des entreprises soumises aux procédures de concours ne représente que 0.75 à 0.80 % du nombre total des entreprises qui en sont justiciables en France (49), pourcentage qui est voisin de celui que l'on peut enregistrer dans des pays comparables comme l'Allemagne Fédérale ou la Belgique.

Il convient d'ajouter qu'en 1977 15.544 entreprises nouvelles ont été créées en France (50) et que depuis 1974 la Caisse Nationale des Marchés de l'Etat en opère le recensement systématique, ce qui permet de constater que les créations d'entreprises sont plus nombreuses que les défaillances constatées par les tribunaux (51).

15 – Ces données statistiques, analysées selon les secteurs économiques, les formes juridiques des entreprises, l'importance de leur capital social, leur dimension ou leur âge (52) permettent des conclusions fort utiles. On constate ainsi que 55 % des entreprises soumises à ces procédu-

(49) J. Brilman, op.cit., p.18 ; J. Albert et L. Vialet, art.préc., p.33 ; V. Thollon-Pommerol, Quatre mécanismes de disparition des entreprises, *Economie et Statistiques* 1977, n°95, p.23 ; cf. Rép.Min. n°31 449, préc.supra n°13 pour d'autres chiffres.

(50) La création d'entreprise, selon l'I.N.S.E.E., correspond à celle qui donne lieu à l'attribution du numéro d'identité Siren et qui est l'immatriculation d'un chef d'entreprise qui n'a jamais encore eu d'activité ou celle de personnes morales (Rép. Min.n° 31 449 préc. supra n°13) ; selon l'A.N.S.A.

Il y avait 667.555 entreprises en France, soumises au régime du bénéfice réel, pour l'exercice clos en 1976 (Extrait du Rapport du Conseil d'Administration à l'Assemblée Générale du 19 mai 1980 de l'Association Nationale des Sociétés par actions, *Revue des Sociétés* 1980, p.632) ; sur les 331.178 entreprises passibles de l'impôt sur les sociétés, il y avait 189.172 S.A.R.L., 121.957 S.A., et 14.482 sociétés civiles ; sur les 327.695 entreprises passibles de l'impôt sur le revenu, il y avait 300.512 entreprises individuelles, 2.346 S.A.R.L., 12.824 S.N.C. et 12.013 sociétés de fait et d'autres formes.

(51) Caisse Nationale des Marchés de l'Etat, fiche documentaire n° 1 du Bulletin du 44^e trimestre 1977 ; pour les aides à la création d'entreprises nouvelles et leurs résultats. cf. infra n° 176 et 228 et s.

(52) *ibid.*, Bulletin n°76 du 4^e trimestre 1977, p.1.

res ont moins de cinq ans d'âge (53) et que depuis le commencement de la crise économique en 1975 un plus grand nombre d'entreprises importantes sont soumises à ces procédures, alors qu'auparavant les entreprises de moyenne dimension ou familiales en étaient les principales justiciables.

Ces chiffres conduisent à nuancer fortement l'appréciation portée sur le rôle des procédures de concours dans la transformation du tissu industriel et commercial ; il est inexact de croire que les Tribunaux de commerce sont avec les syndicats les « fossoyeurs » de l'industrie et du commerce, et sans doute excessif d'utiliser pour ces procédures (54) tout un vocabulaire médico-hospitalier qui amplifie auprès des débiteurs, des créanciers et de l'opinion publique la conviction de leur effet fatal pour les entreprises...

16 – L'étude des techniques de renfouement des entreprises en difficulté présente aussi un intérêt d'un point de vue théorique . En effet, de très nombreuses synthèses ont été consacrées au droit des sociétés ou du crédit, dans les domaines juridique, économique et financier, mais point à l'ensemble de ces techniques de renfouement. Cette étude se justifie non seulement par l'ampleur des questions soulevées par cette catégorie d'entreprises et l'importance des intérêts qui sont mis en cause à cette occasion, mais aussi par le constat des nombreuses déformations qui sont apportées à ces mécanismes juridiques. Faute de structure d'accueil le redressement des entreprises en difficulté s'opère par des moyens empiriques, le plus souvent dans un climat de crise sociale et politique et même dans le cadre des actuelles procédures de concours les applications s'éloignent quelque peu des intentions du législateur.

Plutôt que de proposer d'instituer telle ou telle procédure nouvelle, pouvant s'apparenter aux nombreux projets de concordats préventifs déposés autrefois (55), il est plus utile d'essayer de mettre en évidence des

(53) *ibid.*, Bulletin n°76 du 3^e trimestre 1977, p.28 ; M. Ferrari, débats lors du Colloque de l'Association Droit et Commerce, 7-8 mai 1977, Le rôle et la responsabilité des banques, *Rev. Jurisp.Com.* 1977, n°spécial, p.316 et *Rev. française de comptabilité* 1977, n°75, p. 427.

(54) La littérature juridique et journalistique utilise souvent les termes de : coma prolongé, réanimation, maladie incurable, mort violente, transfusion sanguine, mort clinique, euthanasie, chirurgie, diagnostic, thérapeutique etc..cf. D. Martin, *Le diagnostic d'entreprise, critère de responsabilité judiciaire*, *Rev.trim.dr.com.* 1979, p.187, n°2 ; on emprunte aussi des vocables d'origine maritime : naufrage, avaries communes, navires en perdition, délestage, ou encore renfouement...

(55) F. Derrida, *Concordat préventif et droit français*, Dix ans de conférences d'agrégation, Hommage à J. Hamel, 1961, p. 489 ; S. Lupas, *Du concordat préventif de faillite*, thèse, Paris, Domat-Montchrestien, 1936 ; J. Percerou et M. Desserteaux, *Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, Paris, 2^eéd., 1935-1938, T.I.,p.41 ; E. Thaller, *Des faillites en droit comparé*, Paris, 1887, T.I.,p.70.

règles communes à l'ensemble de ces techniques de renflouement, des principes directeurs qui pourraient conférer à ces techniques en apparence hétérogènes une certaine cohérence et permettre la consécration d'un « droit » des entreprises en difficulté.

17 – A première vue, on peut penser qu'un « droit » des entreprises en difficulté ne saurait avoir d'existence. En effet, le renflouement – lorsqu'il est encore possible – ne relève que des seuls mécanismes financiers et économiques de la loi du marché dans notre type d'économie, et il suffit de faire application du droit du crédit, du droit des sociétés ou plus largement du droit des affaires. Les procédures collectives classiques étaient d'ailleurs elles-mêmes essentiellement axées sur les finalités et les techniques du droit privé et leur objectif principal consistait à assurer le paiement égalitaire des créanciers (56).

Toute l'évolution contemporaine des procédures de concours tend au contraire à réduire les droits des créanciers, en faisant prévaloir pour des raisons d'opportunité certains intérêts jugés supérieurs aux leurs (57). Ainsi, la notion d'entreprise en difficulté, souple et indéterminée, se prêterait mieux que le concept juridique de cessation des paiements à l'adoption de solutions pragmatiques, mais ne serait plus qu'un concept économique rebelle à toute consécration juridique. On peut alors regretter ce processus de « déjuridicisation » du droit en la matière (58), asservi à la recherche de résultats désignés selon une hiérarchie de valeurs établie par l'autorité publique.

Il existerait des entreprises en difficulté, mais point de **droit** spécial pouvant leur être appliqué.

18 – Il convient cependant de constater que ce « droit » des entreprises en difficulté existe déjà, bien qu'il ne soit pas encore codifié, ni même clairement perçu en tant que tel, ne serait-ce qu'en raison de l'absence d'une politique juridique claire en la matière.

Le droit commercial, issu pour partie du droit civil, a toujours adapté et transformé les concepts juridiques classiques dans un souci d'efficacité

(56) « Le test essentiel pour juger le législateur, responsable de l'institution, est le dividende qui revient à la piétaille des créanciers rassemblés à l'intérieur de la masse, sous la bannière de l'égalité » : G. Lagarde, *Actualités de droit de l'Entreprise*, 1968, Les Ordonnances de septembre 1967 et le droit commercial, Lib. Techn., 1969, p. 81.

(57) tels que l'intérêt économique et social, régional ou national requis pour l'application de l'Ord. du 23 septembre 1967 (art.1).

(58) R. Rodière et B. Oppetit, *op.cit.*, n°271.

et de réalisme. Lorsque la société marchande n'a plus pu se satisfaire du principe de l'exclusivité du créancier premier saisissant – le paiement constituant le prix de la course – les praticiens ont provoqué l'élaboration de véritables procédures collectives permettant de lui substituer le principe nouveau du paiement au marc le franc (59). Le droit commercial est habitué à l'instabilité législative et il la provoque même en permanence (60).

Il n'est ainsi pas certain que l'intrusion de concepts économiques en ces domaines soit une atteinte nouvelle aux principes du droit commun, puisque le droit des affaires s'est élaboré en ne prenant certains concepts juridiques que pour les modeler à son usage (61). Il est non moins vrai que cette conception économique des procédures collectives n'a été admise en France que très récemment, en raison de l'influence de l'enseignement thomiste (62), alors que dans les pays anglo-saxons – marqués par la pensée de Calvin (63) – on a depuis longtemps considéré la faillite comme un risque normal du commerce.

19 – La loi du 13 juillet 1967 et surtout l'Ordonnance du 23 septembre 1967 illustrent cette soumission des procédures de concours aux impératifs d'ordre économique et social, et les actuels projets de réforme confirment largement cette évolution. Ce bouleversement dans les concepts juridiques correspond à l'élaboration d'une hiérarchie nouvelle des valeurs dans notre société. Cette conception, à dominante économique, se donne pour but le salut des entreprises viables, indépendamment de l'appréciation portée sur les agissements de leurs dirigeants (64). Elle substitue à l'antagonisme entre créanciers et débiteurs l'opposition entre l'intérêt individuel et les intérêts collectifs ; on voit apparaître un intérêt propre à l'entreprise qui est son redressement et qui correspond à des in-

(59) J.P. Haehl, *Histoire des techniques d'exécution collectives en droit commercial*, Annales de la Faculté de Droit de Lyon, 1980, p.11. et s.

(60) R.Savatier, *L'inflation législative et l'indigestion du corps social*, D.1977, Chr., p.43 ; D. Lefebvre, *la spécificité du droit commercial*, Rev.trim.dr.com.1976,p.285 ; il suffit de rappeler les dates des dernières réformes du droit des procédures collectives : 1955, 1967 et peut-être 1981 ?

(61) On assiste même à une sorte de « commercialisation » du droit civil : cf. la refonte du Titre IX du livre III du Code civil « De la Société », opérée par la loi du 3 janvier 1978.

(62) P. Didier, *Droit Commercial*, P.U.F., 1970, p.190.

(63) P. Didier, *ibid.*, p.184.

(64) J.P. Gastaud, *Personnalité morale et droit subjectif*, thèse, préf. J.P. Sortais, Bibl. de dr.privé, L.G.D.J., 1977, n°220.

térêts généraux bien compris, ceux des créanciers, des fournisseurs, sous-traitants et ceux de la collectivité régionale et nationale.

Cet aboutissement d'une longue évolution, amplifiée depuis quelques années par l'attitude « réaliste » de la jurisprudence de la Cour de cassation (65), ne constitue pas une rupture avec le droit civil, mais préfigure sans doute la naissance, la reconnaissance d'un « droit » des entreprises en difficulté. Ce constat se vérifie encore plus nettement dès lors que l'on examine les techniques de renfouement sans en limiter le domaine aux seules procédures collectives.

Ces diverses techniques utilisées avant l'ouverture des procédures de concours correspondent au droit des contrats, au droit du crédit, au droit des sociétés et au droit fiscal. On pourra constater qu'à partir du moment où ces éléments du droit commun sont appliqués à une entreprise en difficulté ils subissent de nombreux aménagements et de profondes transformations. La nécessité pour les responsables de l'entreprise de proposer un plan de redressement sérieux conditionne le plus souvent l'octroi de facilités de paiement, de nouveaux crédits ou de certains avantages fiscaux.

Ce processus d'adaptation des concepts juridiques dans le cadre du régime applicable aux entreprises en difficulté révèle l'existence d'une nouvelle branche du droit.

20 – Ce droit « naissant » des entreprises en difficulté devrait naturellement trouver sa place dans le cadre du droit économique. Le droit commercial classique reste en effet dominé par un certain nombre de principes, tels que celui de la liberté du commerce et de l'industrie, celui de la libre concurrence, ou encore celui du rattachement du pouvoir de direction dans les entreprises à la propriété du capital. Or, les techniques de renfouement des entreprises et les procédures de concours elles-mêmes se trouvent fréquemment en opposition avec ces principes traditionnels (66) et pour rendre compte des nouveaux concepts juridico-

(65) « La Cour de cassation n'hésite pas à corriger sa doctrine la mieux établie lorsqu'elle lui paraît ne plus correspondre aux réalités sociales et économiques, ou ne plus se trouver en accord avec l'évolution des idées et des mœurs », Rapport de la Cour de cassation, années 1976-1977, La Documentation française, 1978, p.119 ; Rapport de la Cour de cassation (année judiciaire 1978), comment. des membres de la section de droit privé de la Faculté de Droit de Saint-Maur, J.C.P. 1980, D, 2 993, n°3.

(66) Il suffit de citer : les nombreuses subventions, aides et délais de paiement accordés par les pouvoirs publics, au détriment de la règle de l'égalité devant les charges publiques et du principe de la libre concurrence, la suspension provisoire des poursuites, même des créanciers bénéficiant de privilèges, imposée par le Tribunal sans consultation des créanciers (Ord. du 23 septembre 1967), ou encore la véritable expropriation d'utilité publique réalisée par l'éviction des dirigeants (F. Derrida, La réforme du règlement judiciaire et de la faillite. Rép.-Défrénois, 1969, n°14).

économiques, prendre en considération leur spécificité et leur dynamisme propres, il serait plus adéquat d'élaborer une branche nouvelle du droit à partir de la notion d'entreprise.

L'entreprise existe dans notre législation « mais nous ne la voyons pas parce que nous continuons de regarder les réalités nouvelles à travers les images anciennes » (67). Elle aspire à l'existence, en fait, grâce à l'apparition de certains droits au profit des salariés, au développement prétoire du contrôle de la gestion des sociétés (68) et tend en droit à se substituer aux catégories juridiques traditionnelles de groupements (69). Elle constitue le centre du droit économique et si elle reste privée par l'origine de ses capitaux, elle devient publique par sa finalité économique et sociale (70).

21 – Ce rattachement du droit des entreprises en difficulté au droit économique ne consiste pas seulement en un changement de terminologie, qui ne se traduirait pas par des modifications substantielles du droit positif. Le constat des antagonismes manifestes entre des intérêts divergents, des droits opposés et de l'impossibilité de les concilier dans le cadre des actuelles branches du droit privé, rend nécessaire la recherche d'assises nouvelles. L'étude du droit positif et des pratiques actuelles permet de prendre conscience de l'existence de certaines normes communes à l'ensemble des techniques de renfouement, règles qui pourraient constituer le fondement de ce droit nouveau. A cet égard, le caractère profondément novateur des réformes réalisées en 1967 et l'originalité de certaines techniques extra-judiciaires, seraient mis en évidence (71) et pourraient être riches d'enseignements à la veille d'une réforme des procédures collectives.

(67) P. Didier, *L'entreprise et le droit*, cité par C. Champaud et J. Paillusseau, *L'entreprise et le droit commercial*, préc., p. 44 ; M. Despax, *L'entreprise et le droit*, L.G.D.J., 1956, n° 351 et s.

(68) Une mission de magistrature économique est dévolue aux tribunaux, F. Derrida, *Rép.-Com.Vis Faillite.. (modes de clôture) 1977*, n°7.

(69) Le concept d'entreprise est d'ailleurs mentionné dans l'Ordonnance du 23 septembre 1967 et dans les projets de lois actuels.

(70) P. Durand, *Les fonctions publiques de l'entreprise privée*, *Droit Social* 1945, p.246 ; cf. *infra* n° 317 et s.

(71) « L'économie a envahi le droit mais le juriste hésite à reconnaître la primauté accordée aux faits économiques, préférant leur accoler de vieux mots, même s'il en change le sens originare pour tenter de maintenir l'horizon intellectuel auquel il est accoutumé », A. Solal, *Les nouveaux concepts introduits dans le droit des faillites par la loi du 13 juillet 1967*, *Réflexions sur la prise de conscience du changement dans l'ordonnancement juridique*, *Rev.-trim.dr.com.* 1969, p.719, spéc., p.735 ; J. Foyer, *De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises*, *Etudes P. Azard, Cujas*, 1980, 55, n°5.

22 – L'élaboration du droit économique et son application dans le domaine des entreprises en difficulté apparaît nécessaire si l'on veut résoudre les problèmes actuels et faire cesser les nombreuses contradictions que l'on constate. Un auteur a proposé d'instituer un « droit administratif » de la faillite (72) qui permettrait de coordonner les nombreuses aides publiques, de fixer les règles applicables aux organismes dispensateurs de fonds d'Etat et d'harmoniser le juridictionnel et l'administratif. Tel est l'objet de ce qu'il est convenu d'appeler le droit public économique (73), mais on peut noter que cette branche se forge en grande partie en remettant en cause les principes du libéralisme. On a pu parler aussi d'un « droit de crise » et considérer que la finalité des procédures rénovées en 1967 demeure l'élimination des entreprises et la restructuration du capital défaillant (74). Le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif n'ont pas pris parti clairement sur ces points, si ce n'est pour développer ces contradictions à l'aide de dispositions nouvelles et en dispensant des fonds publics aux secteurs et aux entreprises en difficulté (75), favorisent le développement de mesures de protection de certains intérêts, au détriment de l'efficacité des procédures de concours, et en contribuant à amenuiser l'actif du débiteur. C'est ainsi que grâce à la loi du 12 mai 1980 (76), modifiant les articles 59 et 65 de la loi du 13 juillet 1967, le fournisseur de meubles peut revendiquer ses marchandises dans les quatre mois suivant le jugement déclaratif, à condition qu'une clause de réserve de propriété figure dans un écrit. La généralisation probable de telles clauses ne manquera pas

(72) J. Foyer, De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises, préc., n°6.

(73) A. de Laubadère, Droit public économique, 3^eéd., 1979, Dalloz.

(74) A. Pirovano et L. Boy, Faillites et restructuration du capital (la fonction des pouvoirs privés et de l'Etat dans la restructuration du capital défaillant), 1980, dactyl., C.N.R.S. ; M. Jeantin, La cession de créance en période suspecte, D.1980, Chr., 312, n°21.

(75) On a ainsi créé, par arrêté du 16 octobre 1979, un Comité d'orientation pour le développement des industries stratégiques (C.O.D.I.S.) ayant pour rôle de choisir les orientations qui paraissent vitales pour le développement industriel de la France et de coordonner les moyens disponibles. Pour les seules P.M.I., M.J.P. Prouteau reconnaît qu'il existe « environ 130 procédures d'aides diverses, dont 78 financières, à travers une centaine de points de distribution et environ 500 points d'information répartis sur le territoire ». Il ajoute qu'il conviendrait de simplifier un peu (J.O.Déb.Ass.Nat. 14 novembre 1980, p.3 837, à l'occasion du vote du budget de l'industrie pour 1981).

(76) Loi 80-335 du 12 mai 1980, J.O.13 mai 1980, 1202, D.1980, L, 200, J.C.P. 1980, III, 49 868. cf. les principaux commentaires de : R. Houin, J.C.P. 1980, D, 2 978 (commentaire du projet de loi en cours de vote), J.M. Mousseron, Cahiers de droit de l'entreprise 1980 IV, 1, J.Hémar, Rev.trim.dr.com.1980, 362, R.Blancher, même revue 1980, 414, P.Jestaz, Rev.trim.dr.civ. 1980, 632 et F. Derrida, D.1980, Chr, 293 ; cf. infra n° 349.

d'avoir des conséquences sur les chances de survie de l'entreprise – en lui ôtant la possibilité d'utiliser ces marchandises.

Si l'on ajoute le développement des techniques de la location-vente (77), la socialisation des risques instituée au profit des salariés (78) ou même la possibilité pour les mandataires sociaux de s'assurer contre leurs fautes professionnelles (79) en attendant peut-être la création d'une « assurance-faillite », on constate une mutation profonde des procédures de concours, née de leur inefficacité croissante, (80), la multiplication des privilèges de toutes natures et l'on ne peut que souhaiter une réforme d'ensemble qui – dans le cadre du droit économique – fixerait les objectifs et les moyens de cet ensemble de techniques.

Il n'en demeure pas moins très utile d'étudier les nombreuses techniques de renfloement des entreprises en difficulté et de montrer que des règles communes existent déjà, qui, une fois systématisées, permettront de jeter les bases d'un véritable « droit » des entreprises en difficulté.

23 – Les techniques de renfloement présentent la particularité d'avoir été pendant longtemps envisagées comme des garanties offertes aux créanciers. L'évolution contemporaine montre un abandon presque général de cet objectif au profit d'intérêts collectifs jugés supérieurs. Il convient d'approfondir et de dépasser cette analyse, et d'envisager tour à tour les fonctions et les objectifs de ces techniques.

Elles ont deux fonctions différentes : la première consiste à empêcher la survenance d'une situation irrémédiablement compromise, qui ne permettrait pas d'éviter la liquidation pure et simple de l'entreprise. Cette fonction préventive n'a guère été développée en raison de l'atteinte qu'elle porte au pouvoir de direction du chef d'entreprise et elle a longtemps

(77) P. Pastaud, L'efficacité des sûretés réelles en droit des affaires, thèse, dactyl., Limoges, 1979, n°305 et s. ; B. Soenne, Problématique de la continuation d'exploitation dans les procédures collectives de droit commercial, Colloque de Lille, préc., p.39 et s.

(78) cf. infra n°329 et s. (A.G.S.).

(79) cf. infra, Annexes, le texte d'un tel contrat (New Hampshire Insurance Company), reproduit avec l'aimable autorisation M.P. Quétier.

(80) On a pu parler de la « faillite de la faillite » (L. Dallèves et M. Ammann, op.cit., p.4) et même qualifier ces procédures, depuis les évolutions jurisprudentielles et législatives récentes, d'« attrape-nigaud » (F. Derrida, obs. sous Paris 8 novembre 1979, D.1980, I.R., 285).

été confondue avec l'effet dissuasif des sanctions pénales (81). La seconde fonction consiste à guérir l'entreprise du mal dont elle est atteinte : on a alors recours à divers moyens, judiciaires ou extra-judiciaires, qui ont essentiellement une fonction curative.

En réalité, dissocier ces deux fonctions constitue une erreur. Aucune technique ne permet le renfouement de l'entreprise si elle n'intervient pas à temps : de même une prévention efficace ne peut être réalisée sans que des mesures efficaces soient prises dès l'apparition de certains indices de la gravité de la situation. Ces deux fonctions sont liées structurellement et c'est en raison de l'ignorance ou du mépris de l'une d'entre elles que tant de techniques donnent de piètres résultats.

Il ne s'agit pas là d'une vision théorique de la réalité. On peut montrer que d'ores et déjà la plupart des nombreuses techniques utilisées pour permettre le redressement d'une entreprise défaillante mettent en oeuvre cette dualité de fonctions.

C'est ainsi que les délais accordés en matière fiscale et sociale, les crédits bancaires, les pactes amiables, les apports de capitaux permanents tout comme l'administration provisoire, la location-gérance et l'ensemble des techniques essentiellement préventives, se sont transformés progressivement et prennent en compte la fonction curative. Le débiteur ne pourra en bénéficier qu'à la condition de présenter un plan global de redressement de son entreprise, dans le domaine économique et social. La recherche des moyens propres à renflouer l'unité économique est liée directement à ces mesures et la pratique a bien compris que prévenir l'aggravation de la situation sans porter remède efficacement aux causes profondes des maux constatés ne servirait à rien. Cette dualité de fonctions caractérise aussi les techniques qui mettent l'accent sur le rôle curatif. Les procédures collectives, dans le cadre de la suspension provisoire des poursuites, du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens, grâce au plan d'apurement, au concordat, au contrat de location-gérance ou au traité à forfait, tentent d'assurer la permanence de l'entreprise et ces moyens curatifs n'ignorent pas les aspects préventifs, au moins en théorie. Une application plus stricte des dispositions législatives en vigueur ainsi que la

(81) Tel était le cas en 1807 lors de l'élaboration du Code de Commerce, sous l'influence de Napoléon : « Un capitaine qui perd son vaisseau, fût-ce par un naufrage, se rend d'abord en prison. Si l'on reconnaît que la perte du navire est l'effet d'un accident, on met le capitaine en liberté » (Baron Locré, *La législation civile et commerciale de la France*, Paris, 1830, T. XIX, p.478) et E.Thaller ajoutait (op.cit., p. 67) : « Il est dangereux d'étendre les procédés de discipline martiale aux relations des citoyens : une loi qui terrorise ne peut atteindre ses fins... Mais à mener la société comme une caserne, Napoléon risquait fort de faire des lois d'intimidation, et ces lois ne peuvent durer ».

mise en oeuvre de moyens permettant une saisine plus précoce des tribunaux, en facilitant l'intervention des salariés, des créanciers et des associés minoritaires, permettraient à ces techniques essentiellement curatives d'avoir un rôle préventif plus net et d'assurer la survie de nombre d'entreprises défaillantes.

24 – Il convient, enfin, de s'interroger sur les objectifs qui sont recherchés dans le cadre de ces techniques de renfouement. Le premier d'entre eux n'est plus seulement la satisfaction des intérêts des créanciers, mais celui de l'entreprise elle-même, qui correspond à la somme des intérêt collectifs des associés, des dirigeants et des salariés. Si les procédures de concours cristallisent les conflits latents entre ces intérêts divergents, mettent à nu les ambiguïtés et les contradictions, les autres techniques essaient elles aussi de faire prévaloir cet objectif du redressement de l'entreprise. Mais il s'ajoute l'objectif de la satisfaction d'intérêts généraux plus étendus, qui sont ceux des créanciers et de la collectivité régionale ou nationale. Les mécanismes d'aides financières publiques, leur développement récent, tout comme la nécessité de ne pas sacrifier totalement les créanciers, rendent nécessaire la prise en compte de ces intérêts.

On peut constater l'existence de cette dualité d'objectifs des techniques de renfouement : aucune d'entre elles n'est efficace, ni admissible, dès lors qu'elle ne fait pas cas de l'un ou de l'autre. L'entreprise, cellule économique de base, ne peut surmonter son état de défaillance qu'à la condition de satisfaire à ces intérêts généraux. D'ailleurs, les aides financières des pouvoirs publics, indispensables dans de nombreux cas, ne sont accordées – ou ne devraient l'être –, tout comme les sacrifices imposés aux créanciers, qu'à des entreprises dont la survie constitue un élément indispensable de l'ensemble de la politique économique et sociale.

25 – La première partie de cette étude sera consacrée à :

La dualité de fonctions des techniques de renfouement des entreprises en difficulté,

et la seconde à :

La dualité d'objectifs des techniques de renfouement des entreprises en difficulté.

Auparavant, il est nécessaire de procéder à la détermination du domaine d'application de ces techniques en précisant la « **Notion d'entreprise en difficulté** » dans un chapitre préliminaire.

CHAPITRE PRELIMINAIRE :

NOTION D'ENTREPRISE EN DIFFICULTE

26 – La détermination de la notion d'entreprise en difficulté, nécessaire pour connaître le domaine d'application des techniques de renflouement, s'avère difficile en raison de la diversité des modes d'analyse des défaillances, des stades différents de gravité de la situation, de la variété des critères permettant de les déceler et de l'hétérogénéité de leurs causes.

27 – L'approche de la défaillance d'une entreprise (1) peut être opérée en examinant ses aspects économiques – sa rentabilité et l'efficacité de l'unité de production – ou l'aspect financier – problèmes de trésorerie, importance de ses fonds propres et besoins de crédits – ou en recourant aux procédures collectives après une analyse *a posteriori* (2) des consé-

(1) J.F. Casta et J.P. Zerbib, Prévoir la défaillance des entreprises ?, Rev. française de comptabilité 1979, p.506 et s. ; M. Dizel, les entreprises en difficulté (recherche d'une harmonisation des critères juridiques et de gestion dans la prévention des difficultés de l'entreprise), Thèse, dactyl., Toulouse 1979.

(2) J. Paillusseau, Qu'est-ce qu'une entreprise en difficulté ?, Colloque de mai 1976, Les entreprises en difficulté, Rev.Jurisp.Com.1976, n°spécial, Rev.française de comptabilité 1976, n°64, p.379, spéc., p.380.

quences, essentiellement financières, de ses difficultés. Selon leur spécialité les professionnels consultés mettent l'accent sur telle ou telle de ces approches et le juriste en particulier a tendance à observer l'entreprise en difficulté au travers de la notion de cessation des paiements : mais aucune de ces trois manières d'examiner l'entreprise n'est à même de fournir à elle seule un apport décisif à l'élaboration d'une notion de l'entreprise en difficulté, en raison de leur caractère fragmentaire et des objectifs parfois différents qu'elles poursuivent.

28 – Il s'agit, en outre, d'une notion éminemment évolutive : on ne peut figer une situation par nature changeante et fluctuante, bien qu'il soit indispensable de procéder à des sortes d'instantanés photographiques de temps à autre. A la limite, une entreprise d'apparence prospère se trouve toujours sous la menace de sérieuses difficultés ; il suffit, par exemple, qu'un nouveau brevet soit déposé et exploité pour que sa production soit à terme moins compétitive, ou que le principal dirigeant, possesseur de la majeure partie du capital, soit victime d'un accident, ou encore que survienne une crise économique etc... Si le facteur-risque est inhérent à l'activité commerciale, certaines situations précises sont la source de difficultés potentielles qui appellent un traitement rapide, et la mesure exacte de l'urgence d'une telle action n'est pas facile à réaliser.

La détérioration d'une exploitation se produit généralement en trois temps (3) : dans un premier stade, malgré des résultats florissants, un esprit averti peut déjà percevoir certains signes d'accumulation probable de difficultés ou certains éléments de fragilité ; la deuxième phase voit ces difficultés potentielles se concrétiser dans la réalité économique et financière de l'entreprise et si aucune mesure n'est prise efficacement la troisième sera constituée par le dénouement, au travers d'une procédure de concours ou de décisions nécessaires d'une liquidation partielle ou totale ou d'une absorption.

La notion d'entreprise en difficulté est ainsi dynamique et complexe, rebelle à une détermination simple de ses éléments constitutifs. Cela se vérifie lorsque l'on tente d'établir des critères permettant de déceler la défaillance.

29 – Si l'on s'accorde généralement pour reconnaître qu'il est possible de prévoir deux ou trois ans à l'avance le caractère insurmontable de certaines difficultés, il est moins aisé d'établir des critères offrant une fiabilité

(3) Rapport A. Bienaymé, La conversion des entreprises industrielles, Conseil Economique et Social, 1979, J.O. Avis et Rapports C.E.S., n°22, spéc., p.38.

suffisante et ayant un caractère de généralité tels qu'ils puissent être utilisés pour l'ensemble des entreprises. La définition objective du moment à partir duquel une entreprise se trouve en péril (4) s'avère impossible : la pratique tout comme le droit positif mettent l'accent sur les conséquences des difficultés telles qu'elles se traduisent dans les bilans, que ce soit pour fixer une condition d'ouverture d'une procédure de concours ou pour utiliser d'autres techniques de renfouement. Les critères retenus, juridiques pour les premières, ou économiques pour les secondes, ont tendance à ne prendre en considération que cet aspect strictement financier et comptable. Or, malgré d'incontestables progrès dans ce domaine, il est admis que les comptes publiés par les sociétés françaises jouent moins que dans d'autres pays le rôle d'outil de diagnostic pour leurs associés comme pour leurs partenaires (5), principalement pour des raisons tenant au poids des contraintes fiscales. Il en résulte un scepticisme largement répandu à l'égard du caractère significatif des données fournies par les documents comptables des sociétés, et de nombreux risques dans la recherche, à l'aide par exemple de la technique des ratios, des moyens de prévision des difficultés.

Il faut constater enfin que la multiplicité des critères est à la fois le résultat de la variété des situations qui peuvent se présenter, et du rôle que l'on veut leur assigner ; prévoir une situation dangereuse à terme nécessite une précision d'analyse plus complexe que le simple constat d'un état avéré de cessation des paiements.

A ces différents facteurs d'imprécision de la notion d'entreprise en difficulté s'ajoute l'hétérogénéité des causes des défaillances d'origine interne ou externe à l'entreprise.

30 – Les facteurs internes tiennent ou bien aux dirigeants ou bien à la production ou bien encore à l'état financier de l'entreprise. En dehors des hypothèses d'abus de biens sociaux caractérisés, d'opérations manifestement frauduleuses, sanctionnées par le droit pénal des affaires et la loi du 13 juillet 1967, on constate fréquemment l'influence du « vieillissement » du président du conseil détenant de la société, ou la difficile succession du fondateur dans les sociétés dites de famille (6). La cause la plus courante

(4) Y. Guyon, Que reste-il du principe de la liberté du commerce et de l'industrie ? Dix ans de droit de l'entreprise, T.7, Lib. Techn., 1978, p.3 et s., spéc. n°20.

(5) Commission des opérations de bourse, rapport annuel 1978, J.O. Doc. Administratifs, n°42,30 mai 1979, p.738.

(6) G. Adam, La défense de l'emploi et de l'entreprise, Droit Social 1978, n°spécial : Le droit social et l'entreprise en difficulté ou en liquidation, p.8 et s. ; C. Champaud, La situation personnelle des dirigeants des sociétés de famille et la réforme de 1966, Mélanges D. Bastian, T.1, Lib. Techn., 1974, p.35.

réside dans l'incompétence des dirigeants (7) qui conduit à une désorganisation administrative, de graves lacunes comptables – lorsque la comptabilité ne fait pas totalement défaut –, à des erreurs de gestion (8), comme le défaut d'adaptation aux conditions du marché, à une croissance mal contrôlée, un calcul erroné des prix de revient (9), des investissements insuffisants ou encore la fragilité de l'outil de travail.

Ces lacunes graves dans la direction, dans la gestion et dans les choix économiques ont pour conséquence une dégradation financière qui se traduit par un recours trop important aux crédits bancaires, par suite d'une insuffisance de trésorerie, des frais financiers excessifs (10) et un manque

(7) cf. Discours de M. Pelen, lors de la séance de rentrée du Tribunal de Commerce de Lyon, Le Monde 10 décembre 1970, p.33.

(8) Selon les études du ministère de l'industrie, du C.I.A.S.I., des C.O.D.E.F.I. ou de la C.N.M.E., on trouve une majorité d'erreurs de gestion parmi les causes de défaillances des entreprises : Rép.Min. n°30070, J.O. Déb. Ass.Nat., 18 août 1980, p.3520 ; M. Dizel, op.cit., n°276 et s.

(9) C. Freyria, Actualité du droit de l'entreprise, préc., p.110. Selon M. Poirsin : « Les industriels qui sont membres des P.M.E. sont peut-être quelquefois de bons techniciens, ils sont quelquefois de bons commerçants, mais ils sont toujours de piètres gestionnaires », cité par J. Martineau, Interventions de l'expert-comptable devant les juridictions consulaires et missions qui lui sont confiées, Rev. Fr. de comptabilité 1974, p. 75 ; cf. la liste des fautes de gestion relevées par les Tribunaux à l'occasion de l'application de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, in : M. Vasseur, Le droit français (et spécialement l'art. 99 de la loi du 13 juillet 1967) est-il un handicap pour l'apporteur de fonds propres ?, Banque 1979, p. 7, spéc., p. 188, n° XI.

(10) Il s'agit là d'une des causes essentielles des difficultés, cf. B. Soinne, Prolégomènes sur une refonte du droit de la faillite, D.1976, Chr., p.253, spéc., p.257.

voir par exemple le cas de la *Société Dufour* (Questions au Gouvernement, Ass.Nat., séance du 3 octobre 1980, J.O.Déb. Ass.Nat., 4 octobre 1980, p.2 568) : M.J.P. Prouteau dresse la liste des causes des difficultés, « Pour rénover sa gamme de produits l'entreprise a fait un effort dépassant ses possibilités financières. La mise au point d'une fraiseuse à banc fixe de grande puissance a exigé un effort financier de 18 millions et demi de francs, très supérieur aux estimations initiales ; de plus la situation financière du groupe n'a cessé de se détériorer depuis cinq ans. Ainsi depuis 1975 le groupe a accumulé près de 8 millions et demi de francs de pertes d'exploitation tandis que son fonds de roulement se dégradait fortement. Dès lors, l'entreprise n'a survécu qu'en accroissant très sensiblement ses engagements à court terme, qui de 1,4 million de francs en 1975 ont atteint plus de 30 millions de francs aujourd'hui. En dépit de cette évolution, les dirigeants du groupe ne se sont résolus à envisager une restructuration financière que très tardivement, à un moment où déjà leurs partenaires bancaires ne pouvaient plus les suivre. Dès lors le groupe qui s'est trouvé en état de cessation des paiements a été contraint de déposer son bilan le 15 juillet 1980 ». Selon une réponse ministérielle (n°35 230, J.O. Déb.Ass.Nat., 3 novembre 1980, p.4 672), le tribunal n'a pas autorisé la poursuite de l'exploitation, en prenant acte de la situation de trésorerie de l'entreprise. Les 682 salariés ont été licenciés par le syndic le 30 juillet (et ils occupent l'entreprise depuis cette époque) ; Le 12 décembre 1980, la C.F.D.T. avec l'accord de la C.G.C. a organisé un vote du personnel à bulletin secret sur le plan social de la Sté Profel qui souhaite reprendre l'entreprise. Après l'approbation par les salariés, une convention sociale a été signée par la C.F.D.T. et la C.G.C. prévoyant un calendrier d'embauche (immédiate et à terme) et divers avantages sociaux. L'occupation des lieux a cessé le 22 décembre 1980, Rép. Min. n° 35231, J.O. Déb. Ass. Nat. 26 janv. 1981, 364.

chronique de capitaux permanents (11). Il s'ajoute souvent des causes de difficultés tenant aux structures de l'entreprise, la forme juridique choisie se révélant inadaptée, ou à des conflits internes entre les principaux associés, rendant la nomination d'un administrateur provisoire nécessaire, ou encore à un excès de dimension (12) provoquant une opération de scis-

(11) B. Hostiou, La situation financière difficile et la détermination du passif des entreprises en état de suspension provisoire des poursuites, Mémoire expertise-comptable 1977, dactyl., p.8 et s.

(12) cf. par exemple : aff. *Sté Linvosges* : par jugement du 8 octobre 1979, le Tribunal de Commerce de Nancy a prononcé la suspension provisoire des poursuites de cette société et en même temps de quatre de ses filiales (dont elle détient de 87,85 % à 99,30 % des capitaux). Le Tribunal reprend les quatre conditions de l'Ord. du 23 sept. 1967 : - absence de cessation des paiements : aucun protêt, les inscriptions des sommes dues au Trésor et aux organismes sociaux n'ont fait l'objet d'aucune demande de report, et il n'y a pas de poursuite des créanciers : - conséquences économiques d'une disparition éventuelle : le Tribunal relève l'importance du nombre de salariés concernés (344 à Gérardmer et 196 dans le reste de la France), et insiste sur la situation déjà critique de la région vosgienne en ce domaine ; - situation financière : après avoir rappelé les causes de cette situation, le Tribunal mentionne l'importance des pertes cumulées depuis 1976 (7.350.000 F fin juin 1979), constate l'existence d'un actif immobilier encore important, bien qu'une partie non négligeable ait déjà été réalisée avec de fortes plus-values, que le matériel se trouve amorti à 92 % et qu'à l'aide d'un plan sérieux le redressement est encore possible ; - compatibilité de cette procédure avec l'intérêt des créanciers : la poursuite de l'activité de l'entreprise ne peut que leur être favorable, les réalisations d'actifs immobiliers apporteront un allègement de trésorerie, une réorganisation des entreprises doit alléger la structure commerciale, tout comme l'allègement des stocks facilitera la trésorerie en réduisant les frais financiers. Les causes des difficultés de ce groupe tiennent (plan des curateurs) à une « absence de management général cohérent, une absence de direction et de stratégie commerciales entraînant la dispersion des forces de ventes, la multiplicité des produits fabriqués, la dispersion et la multiplication des forces administratives menant à de nombreuses structures (chaque activité a son service commercial, achat, administration des ventes, vendeurs), la dissolution de l'image de marque Linvosges au profit d'images inconnues (S.T.R., Job, L.T.G.), la confusion des structures menant à l'irresponsabilité générale des individus et à des charges multiples intersociétés, et à l'absence d'encadrement des commerciaux ». Les effets sont : des comptes d'exploitation déficitaires, une trésorerie épuisée, un crédit bancaire supprimé, un crédit fournisseur supprimé, des commandes annulées, un accroissement des coûts et enfin des stocks beaucoup trop importants.

Le même tribunal, par jugement du 26 novembre 1979 proroge d'un mois le délai fixé pour déposer le plan (8 février 1980) ; et ce plan (déposé par les curateurs le 7 janvier 1980, suivi d'un avenant le 28 janvier 1980) est admis par le tribunal le 11 février 1980. Le tribunal déclare « que ce plan apparaît sérieux », sans autre précision, et qu'il n'est admis que sous deux conditions suspensives : 1° les sociétés doivent à bref délai trouver un ou plusieurs partenaires entrant dans le capital social, avant le 1er septembre 1980) ; 2° les banques, le Trésor public et l'URSSAF doivent accepter dès la première échéance du plan de reporter au-delà du plan la troisième échéance de 65 %, et le Trésor public doit autoriser la réalisation des immeubles hypothéqués contre paiement de 50 % du prix de vente. Un commissaire à l'exécution du plan est nommé. Ce plan prévoit l'échéancier suivant : 1ère année (31 déc. 1980) : 10 %, 2ème année : 25 % et 3° année 65 %, intérêts compris à chaque échéance. Ce plan prévoit enfin un certain nombre de licenciements et en raison du climat social, le tribunal les annule le 1er avril 1980, faisant application de l'art. 37 Ord.

(voir suite de la note à la page suivante)

sion ou de liquidation de certaines unités de production.

On a souvent relevé aussi l'insuffisance du montant minimum du capital social imposé par la loi (13) qui permet aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés anonymes de créer un passif dépassant parfois de plusieurs dizaines de fois leur capital.

Les causes des difficultés internes à l'entreprise sont innombrables, se cumulent et peuvent s'ajouter à des facteurs d'origine externe.

31 – Les facteurs de difficultés extérieurs à l'entreprise n'ont bien souvent qu'un effet révélateur ou aggravant et on constate leur faible incidence – sauf exception – sur les défaillances des entreprises (14). Ils correspondent aux variations de la politique du crédit (15), aux événements aléatoires affectant l'économie – crises sectorielles, régionale ou nationale – ou à la défaillance d'un débiteur important ou de plusieurs d'entre eux.

32 – Les signes visibles de ces difficultés sont extrêmement variés et vont depuis l'apparition de certains déséquilibres ou difficultés jusqu'aux re-

(suite de la note de la page précédente)

Deux assemblées générales extraordinaires, réunies les 25 avril et 22 août 1980, réduisent le capital de 4.140.000 F à 1.380.000 F et autorisent le conseil d'administration à procéder à une augmentation du capital pour le porter à 6 millions de F., la souscription devant permettre à un partenaire d'entrer dans le conseil en étant majoritaire, et procèdent à un regroupement des sociétés ; le Trésor accepte tacitement d'autoriser la vente des immeubles hypothéqués ; mais – en dépit de nombreux contacts et de l'aide du C.I.A.S.I., aucun partenaire n'accepte de s'intéresser concrètement à l'affaire, estimant qu'un dépôt de bilan peut seul modifier son attitude.

En conséquence, le tribunal de commerce de Nancy, le 16 septembre 1980 convertit la procédure en règlement judiciaire en estimant qu'il « existe une possibilité apparente de proposer un concordat sérieux ». Le 26 septembre 1980, 126 salariés sont licenciés et le Président du Conseil propose de réduire les salaires. Le total du passif du bilan consolidé du groupe Linvosges, selon le Plan des curateurs, s'élevait le 8 octobre 1979 à 16.502.470 F. Le tribunal de commerce de Saint-Dié, le 14 novembre 1980, a accepté que les fonds de commerce de la Sté Linvosges soient concédés en location-gérance, pour une durée de 24 mois, à la S.A. Mulliez Frères, qui a pris l'engagement de maintenir tous les secteurs d'activités et de réembaucher environ 200 personnes. Les syndicats ont appelé l'ensemble des salariés à se prononcer le 17 novembre sur les propositions de la S.A. Mulliez Frères (Le Monde 16-17 novembre 1980, p.13).

(13) F. Derrida, Le crédit et le droit des procédures collectives, Mélanges R. Rodière (à paraître), note 11, *adde* ; Rapport du groupe de travail, présenté par M. Vasseur, pour l'application des recommandations formulées dans le rapport sur la violence, Bull.Cons.Nat.Com., Comptes 1979, n°33, p.10, et *infra* n°144.

(14) Caisse Nationale des Marchés de l'Etat, Bull. 1977, n°76 : Causes d'échec et conditions de succès de la création d'entreprises industrielles, p.29.

(15) cf. *supra* n°7.

ports d'échéances, un règlement tardif des impôts, taxes et cotisations sociales, l'inscription de privilèges, de protêts, un recours permanent au découvert bancaire, ou encore des cessions d'actifs, une paralysie des organes de gestion etc. Chacune des causes spécifiques entraîne son lot de conséquences, et l'accumulation des facteurs d'aggravation se traduit par une situation économique, financière et sociale désespérée.

Afin d'inciter les praticiens à la prudence lorsqu'ils sont requis de participer à l'élaboration d'un concordat amiable (16) ou pour tenter de dresser une liste des faits qui par leur conjonction doivent conduire à la recherche d'une prévention de leur caractère irrémédiable, diverses recherches ont été réalisées, en particulier dans le cadre des travaux du Comité pour la réforme de l'entreprise présidé par M. Sudreau, et ont été reprises par de récents projets de loi (17).

33 – Il apparaît ainsi difficile de donner une définition de l'entreprise en difficulté, concept économique (18) plus que juridique. Le législateur s'est d'ailleurs abstenu de prévoir une définition précise de la notion de cessation des paiements, laissant cette charge aux tribunaux, et les actuels projets de réforme se limitent à fournir certaines indications relatives à la survenance d'une situation très préoccupante.

Le droit positif retient une définition restrictive de l'entreprise en difficulté dans le cadre des conditions d'ouverture des procédures collectives. Les recherches doctrinales et des praticiens tendent au contraire à admettre une définition extensive en élaborant toute une gamme d'indices, ratios, ou en recourant à l'idée de continuation d'exploitation. C'est, dans cette seconde position, tenter de qualifier une situation en mouvement (19) et ne pas se contenter d'une vision fixe du seul point de non-retour. A ce titre de tels instruments de prévision efficace et donc de meilleure gestion et de prévention des difficultés sont intéressants. Ils ne suffisent cependant pas à donner une définition précise de l'entreprise en difficulté.

On peut alors se demander s'il ne conviendrait pas d'adopter une définition diversifiée et inévitablement imprécise qui permettrait d'appréhender les différentes situations ?

(16) cf. infra n°140 et Annexes.

(17) cf. infra n°51 et s.

(18) Y. Chaput, L'inégalité des débiteurs face aux procédures collectives, Etudes offertes à E. de Lagrange, L.G.D.J., 1978, p.117, spéc., p.125.

(19) J.Y. Chevallier, Les conditions d'ouverture des nouvelles procédures collectives, in *Fail-lites*, ouvr.coll. sous la dir. de R. Rodière, Dalloz, 1970, p.57, n°2.

SECTION 1. DEFINITIONS RESTRICTIVES DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE

34 – Le droit positif ne saisit l'entreprise en difficulté que lors du constat de la cessation des paiements. Un critère nouveau a été introduit par l'Ordonnance du 23 septembre 1967 pour l'application de laquelle l'entreprise doit être en état de pré-cessation des paiements, c'est-à-dire dans une situation financière difficile mais non irrémédiable. On pouvait espérer de l'introduction de ce nouveau critère un renouvellement de la notion juridique d'entreprise en difficulté et une intervention judiciaire bien en amont d'une situation sans issue ; le bilan de l'application de ce texte montre que cette condition essentielle n'a guère été respectée en pratique par les tribunaux sous la pression d'impératifs économiques et sociaux faisant primer le renflouement de certaines entreprises. L'irrespect, en fait, de cette condition ne prive pas ce nouveau concept de son intérêt théorique pour essayer de définir la notion d'entreprise en difficulté.

Mais, aussi bien en droit français qu'en droit comparé, le concept juridique d'entreprise en difficulté est compris d'une manière étroite, restrictive, comme l'impossibilité de faire face aux échéances en raison d'une situation financière obérée gravement et de façon irréversible, ou presque. A la fois en raison des objectifs poursuivis par ces notions, qui constituent des conditions d'ouverture d'une procédure de concours, et d'une définition trop restrictive des difficultés, ces concepts ne peuvent suffire à caractériser la notion d'entreprise en difficulté et n'en constituent même que l'un des pôles extrêmes. Il est cependant utile de les préciser et de constater l'évolution récente dont ils sont l'objet, aussi bien en droit français qu'en droit comparé.

Le droit français des procédures collectives, à la différence des principaux pays européens, connaît deux sortes de définition de la notion d'entreprise en difficulté pour l'application de ce régime juridique : l'état de

cessation des paiements pour les procédures de droit commun et la situation difficile mais non irrémédiablement compromise pour la procédure exceptionnelle de la suspension provisoire des poursuites.

I. LA NOTION DE CESSATION DES PAIEMENTS :

35 – Elle n'est plus définie par le législateur depuis la loi du 28 mai 1838 et résulte de nos jours d'une longue évolution jurisprudentielle. A première vue l'état de cessation des paiements (20) consiste dans le simple fait d'un débiteur qui ne paie pas ses dettes exigibles ; mais parce que la vie des affaires accorde un rôle primordial au respect des échéances, elle ne se confond pas avec l'insolvabilité qui est l'état d'un débiteur dont la totalité de l'actif est inférieure à la totalité de son passif et qui rend nécessaire une évaluation de son patrimoine. L'insolvabilité reste la condition de la déconfiture civile et, avec des nuances, celle de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un non-commerçant en Alsace et Lorraine (21).

Avant de procéder à l'étude de la nouvelle conception jurisprudentielle de la cessation des paiements, il convient de rappeler le contenu de la notion traditionnelle.

A. La conception classique de la cessation des paiements :

36 – La jurisprudence traditionnelle, pour admettre l'état de cessation des paiements, exige la preuve d'un arrêt matériel des paiements, c'est-à-dire le défaut ou le refus de paiement d'une dette certaine, liquide, exigible, commerciale ou civile – depuis la loi du 13 juillet 1967 – ou bien l'emploi

(20) Rép.Com. Vis Faillite personnelle... (conditions d'ouverture) par R. Houin, 1977, n°116 et s. ; Ripert et R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, 9^{ed.}, L.G.D.J., 1981, T.II, n°2 851 et s. ; J.Argenson et G.Toujas, *Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite*, 4^{ed.}, 1973, Litec, T.I., n°9 et s. et supplément à jour au 1^{er} mars 1978 ; M. de Juglart et B.Ippolito, *Droit commercial*, 3^{vol.}, 2^{ed.}, 1977, Montchrestien, n°1 100 ; G. Granchet, la notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire, thèse, Bibl. de droit privé, T.35, L.G.D.J., 1962 ; R.Rodière et C.Fournier, la faillite dans la jurisprudence, Lib.Techn., 1974, p.31 et s. ; E.du Pontavice, Le commissaire aux comptes et les procédures collectives de paiement (règlement judiciaire et liquidation des biens), Bull.Cons.Nat.Com. Comptes. 1976, n°24, p.489 et s.

(21) La notion d'« insolvabilité notoire » retenue est d'ailleurs proche de celle de la cessation des paiements : cf. J. Lehmann, *Juris-classeur Com.Anciens art.437-614*, Liquidation des biens, règlement judiciaire, Départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, 1972, spéc., n°68, adde : Me Créhange, De quelques spécificités du droit commercial Alsacien-Lorrain, *Rev.Jurisp.Com.*1975, p.359, spéc., p.368 ; *Com.10 mars 1976*, D.1977, I.R., 7.

de moyens frauduleux ou ruineux tendant à prolonger artificiellement la vie de l'entreprise. Dans le premier cas est extériorisée une situation financière sans issue, que le non paiement fait présumer, et dans le second se réalise une fausse apparence de solvabilité. (22).

La condition essentielle reste cependant que l'une ou l'autre de ces situations soit révélatrice d'une situation financière définitivement compromise. Tel est le véritable trait de la cessation des paiements (23), le critère fondamental (24) et les arrêts la caractérisent dans les termes suivants : « crédit ébranlé, ruiné ; situation irrémédiablement compromise, sans issue, empêchant le débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible » (25). Des arrêts récents continuent d'exiger le constat d'une telle situation (26) afin de la distinguer de la simple gêne passagère. La doctrine a pu la définir comme « l'état du débiteur qui parce qu'il se trouve dans une situation désespérée le plaçant dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible, ne paie pas une dette certaine, liquide et exigible, ou qui n'effectue ses paiements qu'à l'aide de procédés frauduleux ou tout au moins contraires à l'honnêteté de la pratique commerciale » (27). Elle devient bien cette sorte d'état dangereux et irréversible caractérisé par une situation permanente de crise financière (28).

Les auteurs estiment qu'elle comprend deux éléments : une situation financière désespérée et un arrêt matériel des paiements ou l'utilisation de moyens frauduleux ou ruineux. Mais une évolution s'est produite depuis quelques années, qui accorde la primauté au premier élément sur le second, la Cour de cassation tendant à ne considérer la deuxième série de faits que comme des indices permettant de caractériser le premier (29).

37 – Le critère fondamental de la cessation des paiements réside dans le constat d'une situation définitivement compromise, sans issue, dont les effets visibles sont souvent le non paiement ou le recours à des procédés ruineux. La jurisprudence a même tendance à procéder à une analyse

(22) ou cessation des paiements « déguisée » par opposition à celle « ouverte » du premier cas : R.Houin, *Rép.Com., préc.*, n°154.

(23) G.Granchet, thèse, *préc.*, p.6.

(24) M.Vasseur, *La responsabilité du banquier dispensateur de crédit*, Banque 1976, p.45.

(25) R.Houin, *Rép.Com., préc.*, n°139 et jurisprudence citée.

(26) Com. 15 janvier 1977, *D.1977, I.R.*, 165, obs.A.Honorat.

(27) M. Vasseur, *Cours de droit commercial*, 4^e année, 1975-1976, Fasc. VIII, *Les Cours de droit*, p.1 007.

(28) J. Paillusseau, *art., préc.*, n°382.

(29) R.Houin, *Rép.Com., préc.*, n° 125, 159.

économique d'ensemble, à une appréciation globale de l'entreprise, rejoignant ainsi les souhaits d'une partie de la doctrine (30). Parfois les juges du fond se livrent à une recherche des causes de cette situation, en analysant le bilan (31) ou en admettant qu'une « insolvabilité de trésorerie » (32) permet de reporter la date de la cessation des paiements au jour auquel avait été arrêté le bilan faisant apparaître une telle situation, même en l'absence de défaut matériel de paiement à cette date (33) ou d'emploi de moyens ruineux (34).

La transformation progressive de cette notion fait prévaloir une conception économique (35) sur celle strictement juridique admise jusqu'alors ; dans le même temps l'attachement à un état financier désespéré interdit pratiquement tout espoir de redressement au moyen d'un concordat sérieux. Retenir le constat d'une telle situation permet cependant de reporter la date de la cessation des paiements au moment où cette dernière aurait dû se révéler.

Une évolution importante de la conception jurisprudentielle s'est produite depuis quelques mois et elle confirme l'analyse économique retenue. Il convient d'en étudier la genèse et les conséquences.

B. La nouvelle conception de la cessation des paiements :

38 - La Chambre commerciale de la Cour de cassation a cassé (36) un arrêt de la Cour de Pau du 9 juin 1976 qui avait débouté l'URSSAF de sa demande en liquidation des biens en relevant qu'une seule dette d'un

(30) J.Y. Chevallier, art.préc., n°30 ; M.J. Reymond de Gentile, Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967, thèse, Bibl. de droit commercial, T.25, Sirey, 1973, préf.G. Lagarde, n°3.

(31) Certains praticiens ont relevé les dangers d'une fixation de la date de la cessation des paiements grâce à la seule analyse du bilan : cf. Y. Bachelot, Les garanties demandées par les banques, Rev.Jurisp.Com.1977, n° spécial : Rôle et responsabilité des banques, p.263, spéc.,p.265.

(32) Paris 9 juillet 1976, D.1977, I.R., 129, obs.F.Derrida ; Paris 5 mars 1975, D.1976, Som., 14, Rev.Syndics 1975, p.113.

(33) Paris 9 juillet 1976, préc.

(34) Rép.Com.,préc., n°159.

(35) cf.obs.F.Derrida, sous Paris 21 mars 1977, Aix-en-Provence 23 juillet 1976 et 12 juillet 1977,D.1978, I.R., 95

(36) Com.14 février 1978, Bull.IV, n°66,p.53, D.1978, I.R., 443, obs.A. Honorat, Bull.Cons.Nat. Com. Comptes 1978, n°32, 448, Rapport de la Cour de cassation, 1978, p.59, commentaires de ce Rapport par les membres de la section de droit privé de la faculté de droit de St Maur préc., J.C.P. 1980, D, 2 993, n°81.

montant de 39.639 F., après versements d'acomptes importants par le débiteur, ne suffisait pas à caractériser une situation financière désespérée. Pour la Haute juridiction, les juges du fond auraient dû rechercher si « le défendeur était en mesure de faire face à son passif exigible avec son actif disponible ». Bien que l'on ait relevé que l'utilisation de cette formule par la Cour de cassation n'est en rien nouvelle (37) et qu'il s'agit sans doute d'un « raidissement de la Cour de cassation pour tenir compte de ce que les Caisses de Sécurité Sociale sont les premières victimes de la défaillance des entreprises » (38), cet arrêt incite à la réflexion. Selon la définition classique, le non-paiement d'une seule dette ne constitue pas à lui seul la cessation des paiements et la jurisprudence récente ne le considère même que comme un indice de cette situation sans issue qui doit nécessairement être constatée. La Cour d'appel ne faisait donc qu'appliquer à la lettre les conditions précédemment dégagées par la Cour suprême ; son arrêt n'en subit pas moins la censure. Isolée, une telle décision pourrait être qualifiée d'arrêt d'espèce ; mais la Chambre commerciale, le 10 juillet 1978 (39), à propos du report de la date de la cessation des paiements, et le 16 janvier 1979 (40) pour censurer le prononcé d'une liquidation des biens, a repris la même formule. Depuis cette date la Chambre commerciale, ainsi que les juridictions du fond, ont fait application de cette nouvelle notion (41). Dans une récente réponse ministérielle (42) la Chancellerie rappelle qu'il « il appartient au tribunal de vérifier s'il y a bien cessation des paiements, c'est-à-dire si l'actif disponible ne suffit pas au règlement du passif exigible ».

On peut ainsi considérer que cette dernière situation, qui n'était jusqu'ici que la conséquence d'un état financier sans issue, l'a remplacée en tant qu'élément primordial de l'état de cessation des paiements.

(37) cf. A. Honorat, obs.préc., sous l'arrêt.

(38) F. Derrida et J.P. Sortais, cités par A. Honorat, *ibid.*, p.444.

(39) Com. 10 juillet 1978, D.1979, I.R., 80, obs.A.Honorat.

(40) Com. 16 janvier 1979, J.C.P. 1979, IV, 99.

(41) Com. 3 octobre 1978, Bull.IV, n°209, p.177 ; Com.16 janvier 1980, J.C.P. 1980, IV,123 ; Com.13 mai 1980, J.C.P. 1980, IV, 278 ; Com.18 juin 1980, J.C.P.1980, IV,330 ; cf.aff. *Sté Franco-Belge* citée infra n° 45 ; cf. les nombreuses décisions inédites citées par F.Derrida, note sous Crim. 20 novembre 1978, D.1979, 525, n° 4 et note 12 bis, et obs. sous Aix-en-Provence 20 février 1979, D. 1980, I.R., 4, n° 2 ; voir cependant : Com. 22 juillet 1980, Bull. IV, n° 347. p.256, J.C.P. 1980, IV, 379, D.1981, I.R., 190, obs. M. Vasseur (la responsabilité d'une banque ne pourrait être retenue que si la situation de l'entreprise était irrémédiablement compromise (lors de l'octroi des crédits) et si elle en avait connaissance).

(42) Rép. Min. n° 29166, J.O. Déb.Ass.Nat., 23 juin 1980, p. 2 608, Revue des Sociétés 1980, p.609.

Il est dès lors nécessaire de mesurer les conséquences de l'évolution qui s'est produite depuis 1978.

39 – Cette modification de la notion de cessation des paiements favorise le prononcé d'une procédure de concours bien en amont de la situation extrême retenue auparavant. Il convient d'opérer une distinction entre la gêne momentanée ou accidentelle et la véritable impossibilité de faire face au passif exigible, et de ce point de vue la tâche des dispensateurs de crédits que sont les banques ne s'en trouve pas facilitée (43). Il faut aussi savoir si l'on peut reporter la date de la cessation des paiements jusqu'à celle du dernier bilan ayant fait apparaître cette insuffisance grave d'actif disponible? En l'admettant, les débiteurs seraient encouragés à déposer immédiatement leur bilan ou à prendre les mesures de redressement nécessaires, et les créanciers pourraient prouver cet état en consultant les bilans publiés et en assignant leur débiteur (44). Le Tribunal pourrait aussi se saisir d'office plus fréquemment grâce à une consultation systématique des bilans (45) et sanctionner plus souvent les débiteurs qui n'ont pas déposé leur bilan dans le délai de quinze jours suivant le constat de l'état de cessation des paiements. Enfin, la conception unitaire de la date de la cessation des paiements, incontestée en doctrine (46) et en jurisprudence, in-

(43) Avant cette évolution, MM. Cabrillac et Rives-Lange (obs. sous Paris 6 janvier 1977, préc. supra n°9, Rev.trim.dr.com. 1977, 140) considéraient qu'une banque peut accorder un crédit à une entreprise même en état de cessation des paiements et qu'il n'y a de faute à lui reprocher que s'il apparaissait que ce crédit, seul ou assorti de mesures de réorganisation, ne pouvait conduire au redressement et ne faisait que retarder le constat de la cessation des paiements : J. Vézian, la responsabilité du banquier en droit privé français, préf. M. Cabrillac, 2^e éd., Bibl. de droit de l'entreprise, Lib. Techn., 1977, n°182 ; J. Stoufflet, Devoirs et responsabilité du banquier à l'occasion de la distribution du crédit, in : Responsabilité professionnelle du banquier : contribution à la protection des clients de banque, sous la dir. de C. Gavalda, éd. Economica, 1978, p.21 et s., spéc., p.37, et infra n°108 et s. La solution se justifiait lorsque l'on exigeait le constat d'une situation financière désespérée, mais elle est moins certaine avec la nouvelle notion et en particulier dans le cas d'une participation de la banque à un plan de sauvetage de l'entreprise.

(44) avec le risque d'être condamnés pour avoir abusé du droit d'agir en justice : Civ.2^e, 29 avril 1976, J.C.P. 1977, II, 18 738 note P. Gerbay et J.C.P. 1978, éd.C.I., 12 661, même note.

(45) cf. obs. F. Derrida, préc., D. 1978, I.R., 95, spéc., p. 97.

(46) Rép.Com., préc., n°123, 156 ; M.J. Reymond de Gentile, thèse préc., n°7 ; J. Deleau, la notion de cessation des paiements en jurisprudence, Rev.trim.dr.com. 1949, 589, n°11 ; cette limite n'empêche pas de retenir la date réelle de la cessation des paiements pour engager la responsabilité d'une banque ayant octroyé des crédits injustifiés : note F. Derrida et J.P. Sortais, sous Com. 31 mars 1978, D. 1978, 646, spéc.p. 647, note 1 ; contra : M. Vasseur, art. préc.

terdirait d'opérer une discrimination entre la date retenue lors de l'ouverture de la procédure et son report ultérieur.

Cette énumération de quelques-unes des conséquences de l'adoption de cette nouvelle conception de la cessation des paiements atteste de l'importance de cette évolution. Si elle soulève quelques difficultés, elle n'en présente pas moins de nombreux avantages.

40 – En effet, on a souvent relevé que le redressement d'une entreprise en difficulté n'est possible que si l'intervention judiciaire est précoce, au moins lorsque le renfouement est tenté par ce moyen. Tout élargissement de la notion de cessation des paiements ne peut être que positif de ce point de vue. C'est aussi accorder la prééminence à un critère économique, voire comptable, qui permet de prévenir la survenance d'une situation financière totalement désespérée et de rendre aux procédures collectives une certaine efficacité, en favorisant à l'avance la recherche du redressement de l'entreprise. Cette évolution jurisprudentielle rejoint ainsi les préoccupations les plus récentes de la doctrine et du Gouvernement dans le domaine de la prévention des difficultés des entreprises.

41 – Il convient cependant de noter que cette évolution récente ne constitue pas un bouleversement total de la notion traditionnelle de l'état de cessation des paiements. En effet, on peut estimer que ce nouveau critère comprend l'état d'impossibilité constatée de faire face au passif exigible avec l'actif disponible. Il sera utile pour les dirigeants d'avoir recours aux divers indices et ratios permettant de suivre l'évolution de leur gestion, et la jurisprudence continuera à relever à titre d'indices significatifs de l'état de cessation des paiements le non-paiement d'une dette certaine, liquide et exigible, ou les moyens ruineux ou frauduleux de se procurer des fonds. Ainsi seulement sera vraiment caractérisé cet état d'impossibilité réelle de faire face au passif exigible avec l'actif disponible, dont le constat rend nécessaire l'ouverture d'une procédure de concours.

Il n'en reste pas moins vrai que cette nouvelle notion de la cessation des paiements se situe en amont de la situation financière désespérée admise antérieurement (47) et qu'elle permettra peut-être d'assurer une plus grande efficacité aux procédures de concours.

(47) Parmi les très nombreuses critiques qui étaient adressées à l'ancienne notion de cessation des paiements, cf. A. Chevrier, De la défaillance financière à une procédure collective rénovée, Rapport au XVI^e Congrès national des syndics, *Rev. trim. dr. com.* 1976, p. 643. Ce praticien proposait (p. 651) de substituer les termes de « gravement compromise » à ceux d'« irrémédiablement compromise » pour caractériser la situation financière d'une entreprise en état de cessation des paiements. Bien que la formulation actuelle soit différente le critère nouveau correspond à cette idée.

42 - La notion de cessation des paiements n'en demeure pas moins très restrictive et conduit à réserver l'application des procédures de concours de droit commun aux seules entreprises dont la situation financière est largement obérée, pour ne pas dire proche d'être sans issue.

En faveur de certaines entreprises présentant un intérêt économique régional ou national (48), l'Ordonnance du 23 septembre 1967 a institué la procédure nouvelle de la suspension provisoire des poursuites qui retient une situation financière seulement compromise, excluant l'état de cessation des paiements. Cette nouvelle notion peut apporter des éléments dans l'essai de définition de la notion d'entreprise en difficulté.

II. LA NOTION DE SITUATION FINANCIERE DIFFICILE NON IRREMEDIABLEMENT COMPROMISE :

43 - La procédure de suspension provisoire des poursuites, mise en place par l'Ordonnance du 23 septembre 1967 (49), ne peut s'appliquer qu'aux seules entreprises dont la disparition serait de nature à causer un trouble grave à l'économie régionale ou nationale et pouvant être évitée dans des conditions compatibles avec l'intérêt des créanciers (50) ; la seconde condition tient à sa situation financière, qui ne doit pas être irrémédiablement compromise : l'un des soucis majeurs des auteurs de l'Ordonnance a été d'« inciter à une prévision aussi anticipée que possible de la menace de la cessation des paiements » (51). Cette notion de pré-cessation des paiements, (52) tout à fait nouvelle, n'est pas aisée à distinguer de la si-

(48) et présentant un intérêt social, ainsi que la jurisprudence l'a très vite admis, et que l'actuel projet de réforme propose d'inclure dans l'article 1 de l'Ordonnance.

(49) A.M. Baudron, La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967, thèse, Dijon, L.G.D.J., 1972 préface C. Gavalda ; B. Hostiou, La suspension provisoire des poursuites. Recherches sur l'application de l'ordonnance du 23 septembre 1967, thèse, dactyl., 1974, Rennes ; B. Hostiou, Mémoire expertise-comptable, préc. ; Ripert et R. Roblot, *Traité élém.dr.com.*, préc., t.II, 9^{éd.}, 1981, n°3 332 ; J. Hémard, *Rép.dr.com.*, Vis Suspension provisoire de poursuites, 1974 ; R. Houin, *Rép. Stés, Vis Faillite, règlement judiciaire, liquidation des biens*, 1971 ; A. Honorat, *Juris-cl.Com. anciens art.437 à 614, Fasc.A*, 1973 ; De Juglart et B. Ippolito, *Traité de droit commercial*, 3^{vol.}, 1976 ; R. Rodière et B.Oppetit, *Droit commercial*, précis Dalloz, 8^{éd.}, 1978, n°395 ; P.Blondel, Le Plan, in *Faillites*, *ouvr.coll.*, préc., p.367 ; P. Guetta, *Règlement judiciaire et suspension provisoire des poursuites*, Mémoire D.E.A. dactyl., Nice, 1976 ; J.P. Haehl, Vers l'élaboration d'un droit économique des entreprises en difficulté : bilan et perspectives de l'Ordonnance du 23 septembre 1967 (à propos de l'application de l'Ordonnance du 23 sept. 1967 à la Société Manufrance) *Rev.Jurisp.Com.* 1979, p.1 et s.

(50) art. 1 de l'Ord.

(51) Rapport au Président de la République précédant l'Ordonnance.

(52) R. Rodière, *Faillites*, op.cit., Présentation, p.1.

tuation à laquelle on l'oppose (53), si ce n'est par une différence de degrés dans la gravité, le plus souvent ténue.

Pour satisfaire aux conditions de l'Ordonnance et plus encore à ses objectifs, le renfouement d'une telle entreprise ne peut s'effectuer qu'à la condition qu'elle ne soit point dans une situation financière sans issue ; si la cessation des paiements est constatée, le tribunal doit appliquer les procédures de droit commun à tous les stades de la suspension provisoire des poursuites (54). Diverses mesures, telles que la suspension des poursuites des créanciers pendant trois ans, l'établissement d'un plan de redressement et d'apurement, supposent que l'état financier de l'entreprise ne soit pas tel qu'il interdise d'avance toute perspective de renfouement.

Le tribunal, pour son information, dispose des documents déposés par le débiteur lors de sa requête (55), d'un état de la situation économique et financière et des perspectives de redressement envisagées (56) ; il peut obtenir diverses informations nonobstant le secret professionnel (57) et après un rapport du juge commis (58) il procède à l'audition du débiteur (59). Le souci constant de rapidité a conduit les auteurs de ce texte à décider que le tribunal doit statuer, sur la requête du débiteur (60), dans les trois semaines, délai qui peut sembler court (61) pour une entreprise d'importance régionale ou nationale et qui peut correspondre à un groupe de sociétés ; il doit à la fois procéder à une analyse du passé et du présent de l'entreprise, au travers des éléments comptables, et à une prévision des chances de son redressement.

Il n'est guère étonnant dans ces conditions que la pratique judiciaire ait eu très rapidement tendance à éluder ou presque cette condition, accordant la suspension provisoire des poursuites pour éviter de causer un trouble grave à l'environnement économique et social, et en analysant l'absence de cessation des paiements d'une manière quelque peu formelle.

(53) Y. Chaput, *L'inégalité des débiteurs face aux procédures collectives*, préc., p.125.

(54) art. 10 al.3, 21, 31, 38 al.3 de l'Ord.

(55) art. 4 al.2 du Décret n°67-1 255 du 31 décembre 1967 : cf. les sanctions pénales prévues par l'article 46 de l'Ordonnance en cas de présentation de comptes inexacts ou incomplets de mauvaise foi.

(56) art. 4 Ordonnance.

(57) art. 9 Ord.

(58) art. 5 Ord.

(59) art. 6 Ord.

(60) ou sur assignation des créanciers, ou saisine d'office par le tribunal.

(61) E. Massin, *Bilan de l'institution de la suspension provisoire des poursuites et du plan d'apurement*, *Rev. Jurisp. Com.* 1971, p.135, spéc., p.152.

44 – La situation financière difficile non irrémédiablement compromise est une notion juridico-économique, qui correspond au constat de la non-cessation des paiements et à celui du maintien des chances de redressement. Elle est la conséquence, en général, de mauvais résultats d'exploitation qui se traduisent par un « endettement lourd, des fonds propres très faibles, un ratio capitaux propres sur capitaux empruntés très mauvais, un fonds de roulement détérioré, le financement d'immobilisations par des fonds à court terme, une politique d'investissements mal contrôlée.. »(62). A la différence de la cessation des paiements il n'existe pas encore de manifestations dangereuses telles que l'arrêt matériel des paiements, des protêts, et le crédit est encore conservé par l'entreprise auprès de ses banques et de ses fournisseurs. Cette situation de fait, encore plus insaisissable que la cessation des paiements, n'est définie que négativement par rapport à elle ; l'entreprise se trouve ainsi menacée à court terme du point de vue financier, n'a plus guère de trésorerie, a subi, par exemple, une rupture brutale de sa rentabilité par suite du non-paiement de créances importantes ou de la liquidation des biens d'un débiteur dont elle est en grande partie sous-traitante... ; mais elle ne doit pas se trouver dans une situation de pertes chroniques depuis plusieurs années. Il faut aussi distinguer cette situation difficile de la simple gêne passagère ; sur ce point, son importance régionale ou nationale en principe requise de l'entreprise est à même de lui procurer des crédits, et si elle ne peut envisager d'en obtenir dans un délai prévisible et pour une certaine durée, sa situation est alors préoccupante ou même correspond à un état latent de cessation des paiements.

Telle est la conception de la situation financière difficile qui correspond aux vœux des auteurs de l'Ordonnance, et les nombreux échecs enregistrés à propos de l'application de cette procédure (63) proviennent en grande partie de l'irrespect de cette condition fondamentale.

Les perspectives de renfouement financier supposent des apports de fonds propres, de capitaux permanents, divers crédits, qu'il s'agisse d'aides financières privées ou publiques, qui rendent possible un apurement du passif dans le délai de trois ans et un redressement durable.

45 – Depuis les premières applications de l'Ordonnance du 23 septembre 1967, les tribunaux ont motivé le constat de l'absence de cessation des paiements avec beaucoup d'indulgence (64) et leur formulation est le plus

(62) E. du Pontavice, Le commissaire aux comptes et les procédures collectives de paiement (règlement judiciaire et liquidation des biens), Bull.Cons.Nat.Com.Comptes 1976, n°24, p.489, spéc.,p.510.

(63) cf. les statistiques citées supra n°13 et reproduites infra, Annexes.

(64) C. Freyria, rapport préc. p.107.

souvent lapidaire (65). Dans la plupart des cas, ils se bornent à constater qu'il n'y a ni poursuite des créanciers, ni protêt (66), que la société est à jour de ses obligations fiscales et sociales (67), que les ressources personnelles des dirigeants suffisent à écarter l'état de cessation des paiements (68), qu'une prise de contrôle est en vue (69), que la société-mère est elle-même en liquidation des biens (70), ou qu'elle refuse de couvrir les pertes antérieures de sa filiale, faisant de la suspension provisoire des poursuites

(65) A.M. Baudron, thèse, préc., n°149.

(66) tout en reconnaissant que « la situation est extrêmement difficile » : Trib. Com. Toulouse 24 janvier 1969, J.C.P. 1969, II, 15794, note G. Toujas, Rev. trim. dr. com. 1969, 161, obs. R. Houin ; Paris 5 juillet 1968, Rev. trim. dr. com. 1969, 168, obs. R. Houin ; Trib. Com. Paris 24 mai 1978 (aff. *Sté Boussac*), qui relève que tous les salaires ont été payés ; le même tribunal a prononcé le 30 mai 1978 le règlement judiciaire puis autorisé le 18 août 1978 la conclusion d'un contrat de location-gérance avec la Sté Saint-Frères, dépendant du groupe Agache-Willot, avec la promesse d'une cession à forfait, réalisée les 5 et 6 avril 1979 après conversion en liquidation des biens de la procédure ouverte à l'encontre des 58 sociétés du groupe Boussac ; Trib. Com. Paris 13 avril 1970 (aff. *Saintrapt et Brice*), Rev. trim. dr. com. 1970, 489, obs. R. Houin (jugement particulièrement bien motivé qui faisait état des déboires de l'entreprise sur des marchés étrangers) ; aff. *Sté Linvosges*, préc. supra n° 30 ; aff. *Sté Manufrance* (pour l'historique détaillé des difficultés de cette société, cf. nos obs. Rev. Jurisp. Com. 1979, p. 1, n° 9) ; Trib. Com. Lyon 31 mai 1977, prononçant la suspension provisoire des poursuites, Trib. Com. Lyon 30 septembre 1977, admettant le plan de redressement, Cour de Lyon 9 mai 1978, confirmant la décision des juges du fond (cf. Rev. Jurisp. Com. 1979, p. 53 et s. et nos obs.). Le Tribunal de commerce de Lyon, le 7 février 1979 (inédit) a converti la procédure en règlement judiciaire ; une société d'exploitation (Sté Nouvelle Manufrance) a été constituée (cf. infra n° 282) pour reprendre le fonds de commerce en location-gérance, avec une promesse de vente. Cette dernière société connaît de sérieuses difficultés et, après les espoirs de redressement nés des promesses de M. Dumas, est mise en liquidation des biens (Trib. Com. Saint-Etienne 22 octobre 1980, inédit) ; le 30 octobre 1980 les salariés sont licenciés et occupent l'entreprise. Par Ordonnance du 19 décembre 1980, le Tribunal de Commerce de Saint-Etienne autorise la location-gérance du « Chasseur Français » et du secteur de ventes par correspondance, avec promesse de vente, à une société en formation (Sté Movitex) ; par Ord. du 22 décembre 1980, le T.G.I. de St Etienne ordonne l'évacuation des locaux ; fin décembre 1980 les cadres C.G.T. proposent la constitution d'une société coopérative ouvrière de production et de distribution destinée à conclure un contrat de location-gérance du fonds, avec promesse de vente. Les syndicats de salariés, et de nombreux salariés acceptent ce projet, qui prévoit l'apport des indemnités de licenciement à la S.C.O.P., le versement en une fois des indemnités correspondant à une année de garantie de ressources, l'aide de l'Etat (cf. infra n° 338).

(67) Trib. Com. Paris 13 novembre 1968, J.C.P. 1969, II, 15 800, note G. Toujas, Rev. trim. dr. com. 1969, 159, obs. R. Houin.

(68) Trib. Com. Toulouse 22 novembre 1968, J.C.P. 1969, II, 15 708, note G. Toujas, « Rev. trim. dr. com. 1969, 160, obs. R. Houin.

(69) Trib. gr. inst. Strasbourg, 2 février 1970, Rev. trim. dr. com. 1970, 775, obs. R. Houin, J.C.P. 1971, II, 16 578, note Gensburger ; Trib. Com. Rennes 16 juin 1978 (*Sté Langlois*) (inédit), dont le plan a été admis par ce même tribunal le 28 septembre 1978.

(70) cf. aff. *Néogravure*, Rev. Jurisp. Com. 1979, 39, note E. Massin ; la Sté « Nouvelle imprimerie Chaix », issue du démembrement de la S.A. Chaix-Défosse-Néogravure, a été constituée au mois de novembre 1974 ; la société de gérance créée en janvier 1975, grâce à l'aide

la « meilleure solution » (71), ou enfin qu'il « n'a été porté à la connaissance du tribunal aucun élément caractérisant la cessation des paiements » (72). On a même admis l'absence de cette situation alors qu'il existait des chèques protestés (73) ou des retards de paiement constatés (74).

Quelques tribunaux procèdent cependant à une analyse particulièrement détaillée des causes des difficultés, de la situation économique et financière de l'entreprise, afin de caractériser la situation difficile et exclure (75) ou admettre (76) l'état de cessation des paiements. Cette application normale des conditions fixées par l'Ordonnance permet le recours aux

apportée par l'Etat à seule fin de maintenir les emplois existants, a rapidement connu des difficultés du fait de l'impossibilité de rassembler les actionnaires qui auraient permis de réunir les capitaux complémentaires nécessaires à la poursuite d'une activité de l'entreprise : le bilan de la société d'exploitation a été déposé au mois de décembre 1975 ; il n'a pas été possible de trouver les partenaires susceptibles de relancer l'activité de l'imprimerie, bien que de nombreuses réunions entre les représentants de la fédération française des travailleurs du livre et la Société Nouvelle Imprimerie Chaix se soient tenues au Ministère de l'Industrie en novembre et décembre 1979 (Questions au Gouvernement, Ass. Nat., séance du 6 juin 1980, J.O. Déb.Ass.Nat., 7 juin 1980, p.1641).

(71) Trib. Com. Rennes, 28 mars 1978, aff. *Société Atlas* (inédit), le même tribunal a mis fin à la procédure le 30 juin 1978, sans avoir besoin de constater l'état de cessation des paiements, aucun plan n'ayant été déposé, en raison du refus de la direction départementale du travail d'accepter les licenciements demandés par le chef d'entreprise.

(72) bien que la Société n'ait pu obtenir les concours financiers espérés : aff. *Isorel*, Trib. Com. Paris, 7 août 1978 (inédit) ; Trib. Com. Paris 20 juin 1980 (inédit), aff. *Société Franco-Belge de Matériel de Chemin de Fer* : « les difficultés de trésorerie sont dues en partie à des litiges avec la SNCF et la RATP dont il y a lieu d'explorer la solution... il n'apparaît pas que la S.F.B. soit à ce jour en état de cessation des paiements, que l'état des protêts et privilèges permet de constater qu'une seule inscription a été prise à la requête de l'Administration fiscale pour une imposition qui a été réglée depuis » : cette procédure a été convertie en règlement judiciaire, par le même tribunal, le 7 juillet 1980. Le 1er septembre 1980, une société d'exploitation, financée par six sociétés a conclu un contrat de location-gérance, afin de prendre en charge pendant deux ans les activités de la Sté Franco-Belge (Le Monde 3 septembre 1980, p. 42).

Cette société d'exploitation a bénéficié de 65 millions de francs de prêts participatifs et de 85 millions de francs du gouvernement afin de couvrir les pertes d'exploitation de la première année de location (Question au Gouvernement, J.O. Déb. Ass. Nat., 11 décembre 1980, 4801).

adde : B. Soinne, Le droit de la faillite et l'organisation consulaire française, l'enjeu d'une réforme, D. 1979, Chr., 57.

(73) Trib. Com. Rennes, 26 novembre 1977, aff. *Société A. Gilles*, (inédit), qui relève une insuffisance de fonds propres et une exploitation « normalement équilibrée dans le cadre de la profession et de la conjoncture actuelle » ; le plan a été admis le 4 août 1978 (inédit) ; B. Hostiou, thèse préc., p. 34.

(74) Trib. Com. Rennes, 14 avril 1978, aff. *Société Bernard Galvanisation Quimperoise* (inédit), qui relève des comptes d'exploitation déficitaires depuis trois ans ayant fait perdre à la société la totalité de ses fonds propres en plus des retards de paiement signalés par l'URSSAF ; faute de plan déposé et de concordat envisageable, le tribunal a converti la procédure en liquidation des biens, le 28 juillet 1978.

procédures de droit commun (77) et évite les dangers et les inconvénients d'une suspension provisoire des poursuites accordée à des fins dilatoires qui ne fait que rendre inéluctable la liquidation des biens. Paradoxalement, d'ailleurs, l'article 38 alinéa 3 de l'Ordonnance permet de faire remonter la date de la cessation des paiements au jour de l'ouverture de la procédure de suspension provisoire des poursuites, alors que par définition le tribunal en a exclu l'existence (78).

Dans l'ensemble les tribunaux manifestent une tendance généralisée à procéder à une analyse succincte de cette condition, beaucoup de praticiens reconnaissant qu'il est même impensable que les entreprises qui bénéficient de cette procédure ne soient pas en état de cessation des paiements (79). On a pu dire que la situation financière difficile est une cessation des paiements virtuelle et qu'en d'autres circonstances cet état eût été reconnu (80). L'objectif primordial qui consiste à éviter la disparition de certaines entreprises l'emporte sur l'analyse de la réalité de la situation financière et des chances sérieuses de redressement.

46 – La condition imposée par l'article 1 de l'Ordonnance du 23 septembre 1967 apparaît bien difficile à définir d'un point de vue théorique et fort délicate à mettre en œuvre. La confusion, en fait, entre la situation financière difficile et la cessation des paiements ne permet guère de considérer cet essai d'une intervention judiciaire plus précoce comme concluant et de nature à faire évoluer le concept juridique d'entreprise en difficulté dans un sens moins restrictif. Une étude sommaire du droit de quelques pays étrangers confirme cette analyse.

(75) aff. *Sainrapt et Brice*, préc. ; Trib. Com. Rennes 13 octobre 1978, aff. *Société Ducassou* (inédit), dont le plan a été admis le 9 février 1979 ; le même tribunal, le 15 février 1980 (inédit), a prononcé le règlement judiciaire de ce groupe de sociétés (à l'exclusion de deux de ses filiales) à la suite du non-respect de la première échéance du plan, provoquée, selon le tribunal, par le retard ou le refus de paiement d'une grande part de sa clientèle, et « tout particulièrement de sa clientèle publique et semi-publique » ; aff. *Société Langlois, Société A. Gilles*, préc.

(76) Trib. Com. Rennes 31 janvier 1978, Rev. Soc. 1978, 778, note R. Plaisant, confirmé par Rennes 30 mai 1978 (inédit).

(77) voir par exemple : Paris 16 février 1977, D. 1977, I.R., 459, obs. A. Honorat ; Rennes 1 février 1977, Gaz.-Pal. 1977, 2, 614, note A. Rolland ; Paris 6 janvier 1977 et Com. 9 mai 1978, préc. supra n° 9.

(78) Com. 6 mars 1973, Gaz. Pal. 1973, 2, 605, Rev. trim. dr. com. 1973, 344, obs. R. Houin ; Trib. Com. Lyon 7 février 1979 (aff. *Manufrance*) (inédit) qui convertit la procédure en règlement judiciaire et fixe la date de la cessation des paiements au 31 mai 1977, date du jugement admettant la suspension provisoire des poursuites.

(79) J. Martineau, Colloque de mai 1976, préc., p. 410.

(80) F. Derrida, Les dangers de la faillite pour la pratique notariale, Cridon, Lyon, 1977, p. 9 : « trop souvent l'entreprise qui demande à bénéficier de la procédure de la suspension provisoire des poursuites est déjà en état de cessation des paiements et ce ne sont pas les mesures prises dans le cadre de cette procédure qui permettent de la sauver ».

III. LA NOTION DE CESSATION DES PAIEMENTS EN DROIT COMPARE :

47 – La notion de cessation des paiements retenue dans les législations de certains pays européens (81) est apparemment très hétérogène ; mais les divergences théoriques que l'on peut constater s'effacent quelque peu en pratique dans l'application économique de ces critères.

A l'exception du droit anglais, qui énumère légalement les cas dans lesquels le juge doit ouvrir la procédure (82), les législations étudiées tendent, sous des appellations variées, à retenir une notion révélant une situation financière sans issue et irrémédiablement compromise.

Lorsque le débiteur demande à bénéficier de procédures préventives, il doit faire la preuve de sa bonne foi et n'être qu'en état de difficultés temporaires (83), de crise transitoire (84), d'une simple menace de la cessation des paiements (85) ou d'une cessation des paiements temporaire, l'actif étant suffisant pour payer le passif exigible (86).

Dans l'ensemble, les procédures de faillite, s'achevant ou non par un concordat judiciaire, retiennent une notion proche de l'insolvabilité. En Belgique il faut une cessation matérielle des paiements et l'ébranlement du crédit ; aux Pays-Bas, en cas d'insolvabilité, la faillite conduit à la liquidation et en cas de simple cessation des paiements on applique le concordat, en exigeant la présence de plus d'un seul créancier et au moins une créance exigible non payée et non contestée par le débiteur ; en Allemagne Fédérale, on retient l'insolvabilité, qui se révèle par l'incapacité permanente d'honorer la plupart de ses dettes exigibles : la cessation des paiements est nécessaire, mais elle ne constitue qu'un indice de l'insolvabilité, en plus du cas de fuite du débiteur ou de la vente à vil prix de ses biens. L'Italie constate l'insolvabilité dans l'incapacité du débiteur à satisfaire régulièrement à ses obligations, le critère principal étant l'impossibilité de se procurer des crédits bancaires.

Le droit Suisse présente des particularités en ce qu'il prévoit que l'état de faillite est constaté par le juge sans qu'il procède à une analyse de la situation du débiteur, dès lors que la procédure de poursuite pour det-

(81) cf. *infra*, Annexes, Eléments de droit comparé, l'analyse sommaire de ces législations et les références citées ; *adde* : J. Treillard, Les conditions d'ouverture des procédures collectives, in : Les procédures collectives de liquidation ou de renfouement des entreprises en droit comparé, sous la dir. de R. Rodière, éd. Economica, 1976, p. 37 et s.

(82) cf. J. Treillard, art. préc., p. 46 ; M. Elliott, même ouvrage, p. 295, spéc., p. 303 et s.

(83) Administration contrôlée en Italie.

(84) Concordat préventif en Italie.

(85) Sursis aux Pays-Bas.

(86) Sursis de paiement en Belgique.

tes engagée par un créancier montre sa carence, ou que le débiteur se déclare en justice lui-même insolvable. Il peut cependant y avoir faillite sans poursuite préalable, lorsqu'il s'est enfui, cache ses biens ou qu'un commerçant a suspendu ses paiements ; dans ce cas son insolvabilité se manifeste par des indices (87) dénotant une incapacité à payer générale et durable.

Enfin, les droits Suisse et Allemand ont prévu des conditions plus strictes pour certaines sociétés commerciales et admettent l'ouverture d'une procédure de concours dès lors que leur bilan est déséquilibré (88) ou en état d'insuffisance d'actif (89). Il y a là une tendance à ouvrir une procédure judiciaire sans attendre un état financier désespéré : on considère en effet qu'à la différence d'un particulier, dont la responsabilité est illimitée, le crédit d'une société de capitaux est épuisé dès le constat de son surendettement.

48 – En conclusion, la cessation des paiements telle qu'elle est comprise dans les différentes législations étudiées est très proche de la conception retenue par le droit français : il s'agit d'une situation économique et financière pratiquement obérée de façon irréversible. Ce n'est que dans le cadre de quelques procédures préventives que l'on rencontre une situation moins compromise ; et il convient enfin de relever le régime particulier réservé aux sociétés dans certains pays qui se rapproche à bien des égards de la nouvelle conception de la cessation des paiements retenue par la jurisprudence française la plus récente.

49 – Le droit positif, en raison d'une éthique libérale, ne prend en compte l'état de difficulté d'une entreprise qu'à un stade ultime et il est significatif qu'une tentative telle que celle réalisée par l'Ordonnance du 23 septembre 1967 d'intervention judiciaire plus précoce n'ait guère eu d'efficacité. La notion d'entreprise en difficulté ne saurait être pour autant réduite à un concept aussi restrictif, non seulement parce que de nombreuses techniques de renfouement interviennent avant le constat d'une dégradation aussi importante de la situation financière et économique, mais aussi parce que cela revient à refuser aux procédures de concours toute autre mission que celle de liquider au mieux les rares actifs de l'entreprise.

Il est apparu indispensable d'acquérir une meilleure connaissance des difficultés lors de leur apparition et ainsi de posséder des instruments d'une gestion plus sûre et de prévention réelle du risque de défaillance. Ces méthodes, issues de la pratique, correspondent à une définition extensive de la notion d'entreprise en difficulté.

(87) aveu du débiteur, non-paiement de dettes incontestables, proposition de concordat extra-judiciaire.

(88) surendettement allemand.

(89) cas de la Suisse.

SECTION 2. DEFINITIONS EXTENSIVES DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE

50 – Depuis plusieurs années les transformations des techniques de gestion, la généralisation d'une comptabilité plus sérieuse, la fréquence de certaines manifestations des difficultés dès avant la cessation des paiements caractérisée, ont conduit les praticiens à préciser certaines analyses, en particulier au travers de l'étude des bilans, afin de faciliter la prévision dans la gestion des entreprises et leur contrôle. Une symbiose se réalise progressivement entre les techniques comptables (90) et les nouveaux critères économiques et juridiques.

Le Rapport du comité présidé par M. Sudreau, en fournissant une liste des indices significatifs d'une situation financière préoccupante et en proposant de créer une procédure d'alerte, s'est situé dans cette perspective ; les différents projets de loi récents tendant à la prévention des difficultés des entreprises ont repris pour partie ces travaux. Pour la première fois, le droit français essaie de mettre en place des techniques visant à prévenir les manifestations constitutives de la cessation des paiements en fournissant quelques éléments d'un diagnostic permanent (91) et en tentant, avec encore beaucoup de réticences, d'aider à la recherche d'une thérapeutique efficace. Ces différents indices dénotent cependant une situation déjà largement compromise, et on a tenté d'analyser la phase des simples difficultés potentielles au moyen des techniques des ratios finan-

(90) G. Granchet, thèse, préc., p. 216.

(91) J. Masson, *Le diagnostic d'entreprise*, Le point de vue du banquier, Banque 1978, p. 1237 ; M. Dizel, op. cit., n° 516 et s.

ciers et de l'idée de continuité d'exploitation. Ces méthodes constituent des approches à court, moyen et long terme qui donnent de la notion d'entreprise en difficulté une vision particulièrement extensive.

I. LES INDICES :

51 – Le rapport Sudreau (92), dans son Chapitre VIII, remarque l'importance des problèmes que l'on rencontre pour informer les actionnaires, les salariés et les créanciers lorsque des difficultés surviennent ; ses auteurs, relevant l'absence de moyens propres à déceler les signes annonciateurs de la crise, proposent d'accroître le nombre des documents que les sociétés devraient déposer aux greffes des tribunaux de commerce, fournissent une liste des indices significatifs, et souhaitent l'institution d'un droit d'intervention interne et d'un droit d'alerte (93).

Un droit d'intervention pourrait être reconnu aux personnes ayant un lien de droit avec l'entreprise (94) et intérêt à agir, si un ou plusieurs indices (95) étaient constatés. Une demande d'explication est adressée aux représentants légaux, qui doivent répondre dans un délai d'un mois et consulter le conseil d'administration ou de surveillance ; à défaut de réponse, ou si elle est jugée insuffisante, le titulaire de ce droit peut former un recours auprès du tribunal de commerce (96) et son Président peut prescrire toute mesure utile, en particulier recourir à une expertise

(92) Rapport du Comité d'étude pour la réforme de l'entreprise, La Documentation Française, 1975, p. 135 et s.

(93) ainsi que de mettre en place un organisme d'assistance aux entreprises en difficulté, avec mission de faire un diagnostic, de gérer ou d'intervenir.

(94) op. cit., p. 138 : « actionnaires ou associés représentant au moins 10 % du capital de la société ; administrateurs minoritaires, représentant au moins le tiers des membres du conseil d'administration ; comité d'entreprise, sur résolution votée dans ce sens par les deux-tiers de ses membres, ou à défaut de comité une majorité qualifiée des délégués du personnel, ou 10 % des salariés ; le ou les commissaires aux comptes ; les créanciers dans la mesure où ils représentent 15 % du passif de la société ».

(95) la liste, indicative, est la suivante : « le report renouvelé d'échéances ; la notification de protêts ; le non-paiement des cotisations fiscales ou sociales ; l'omission des publications légales dans les délais prévus ; le non-respect des dates légales de tenue et de convocation des assemblées, comité d'entreprise, conseil d'administration ou de surveillance ; le refus de certification des comptes par les commissaires aux comptes ou le refus d'approbation des comptes par l'assemblée générale ; le licenciement collectif d'un certain pourcentage des effectifs ; la perte des trois-quarts du capital social ; trois exercices successifs déficitaires ».

(96) Le Rapport réserve ce recours aux dix tribunaux de commerce compétents pour l'application de l'Ordonnance du 23 septembre 1967.

ou confier la gestion à un tiers si nécessaire (97) et éventuellement déclarer d'office la suspension provisoire des poursuites ou constater l'état de cessation des paiements et ouvrir une procédure collective de droit commun. En raison de l'atteinte portée à l'ordre public économique, un auteur a même proposé de légitimer une intervention du Parquet (98).

Le Rapport établit ainsi une liste d'indices d'une situation financière dangereuse et permet surtout de faire examiner cette situation par le tribunal et des experts. Ses auteurs, en proposant d'accorder de tels pouvoirs à l'ensemble des personnes directement intéressées à la bonne marche de l'entreprise, les justifient en relevant qu'ils sont la contrepartie naturelle de l'autorité incontestée du chef d'entreprise dans les périodes de fonctionnement normal de celle-ci, et que c'est restaurer par là même la notion de responsabilité des administrateurs et les associer aux mesures de redressement en cas de difficulté (99).

Ces propositions n'ont pas reçu un accueil très favorable de la part des personnes directement intéressées et n'ont été que partiellement reprises par les deux projets de loi successifs déposés en 1977 et en 1979 (100).

52 – Le premier de ces projets de loi, déposé le 15 novembre 1977 (101), a retenu dans l'ensemble les indices des difficultés établis par les travaux du Comité Sudreau (102), tout en restreignant aux seuls commissaires aux comptes et au comité d'entreprise (à la majorité de ses membres) le droit d'inviter les dirigeants et le conseil d'administration à délibérer sur ces questions ; cette procédure d'alerte reste ainsi interne à l'entreprise,

(97) D. Alibert, A la recherche d'une structure juridique pour l'entreprise individuelle, Dix ans de droit de l'entreprise, préc., p. 63, spéc., p. 76.

(98) P. Gulphe, Magistrature et droit des affaires, Dix ans de droit de l'entreprise, préc., p. 1037, spéc., p. 1067.

(99) Rapport préc., p. 140.

(100) cf. cependant la proposition de loi de M. Daillet, infra n° 103.

(101) Projet de loi n° 3214 relatif à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, enregistré à l'Assemblée nationale le 15 novembre 1977, devenu caduc avec la fin de la législature.

(102) Ce projet on ajoute deux : une diminution sensible du crédit consenti à l'entreprise ; une évolution anormale des stocks, et remplace la perte des trois-quarts du capital social par la perte des deux-tiers.

sans possibilité de saisir le tribunal de commerce, et elle se réduit à un simple droit d'interpellation des dirigeants (103).

La seule innovation de ce projet consiste à proposer de rendre obligatoire l'établissement d'une situation provisoire du bilan tous les semestres et d'un plan de trésorerie et de financement tous les ans pour les sociétés par actions comptant plus de sept cent cinquante salariés (104).

53 – Le deuxième projet de loi, enregistré sous le numéro 974 (105) reprend, en les précisant sensiblement, les dispositions relatives aux situations comptables semestrielles et annuelles (106), ajoute l'obligation d'annexer au bilan un état des engagements cautionnés, un rapport sur l'activité de l'entreprise et développe la mission des commissaires aux comptes. Ces derniers doivent révéler aux dirigeants les difficultés graves, peuvent leur poser des questions écrites, en s'aidant des mêmes indices (107) et assistent aux délibérations du conseil d'administration portant sur ces points.

Si ces dispositions ne sont pas observées, ou que les mesures prises ne permettent pas d'enrayer l'évolution préoccupante, ils établissent un rapport spécial pour l'assemblée générale ordinaire et surtout ils peuvent informer le président du tribunal de commerce.

Le comité d'entreprise conserve le droit d'interpellation qui lui avait été reconnu dans le projet de loi n° 3 214, et il est ajouté le droit pour les actionnaires représentant un dixième du capital social de poser une fois par an des questions écrites au président du conseil d'administration (108).

(103) M. J. Campana-Reymond de Gentile, Le projet de réforme des procédures collectives (étude critique), D. 1977, Chr., 273 ; nos obs. préc., Rev. Jurisp. Com. 1979, p. 41, n° 33 et s.

(104) les mêmes documents sont établis sous forme simplifiée pour les sociétés de plus de 100 salariés.

(105) Projet de loi n° 974 tendant à instituer des mesures de prévention des difficultés dans les entreprises, déposé à l'Assemblée Nationale le 12 avril 1979.

(106) cf. art. 1 du projet.

(107) les deux indices ajoutés dans le projet n° 3 214 n'ont pas été repris.

(108) Le projet de loi n° 974, précité, examiné par la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale les 17 octobre, 7, 15, 21 novembre 1979, et le 9 janvier 1980, a fait l'objet du Rapport de C. Millon (Ass. Nat., n° 1 606, annexé au procès-verbal de la séance du 9 avril 1980), a été adopté en première lecture par cette Assemblée le 13 mai 1980 (voir les débats : J. O. Déb. Ass. Nat. 19 avril p. 573 et s., 25 avril p. 687 et s. et 14 mai p. 1 021 et s.) et transmis au Sénat (n° 249).

(voir suite de la note à la page suivante)

54 – Ces différentes propositions et projets de loi fournissent une liste des indices considérés comme révélateurs d'une situation financière qui se dégrade fortement ; pris isolément, ils ne sont guère suffisants et il faut constater la conjonction de plusieurs d'entre eux pour dresser un tableau exact de l'état de l'entreprise. Cette liste n'étant pas exhaustive, de l'aveu même des auteurs des projets, et chaque entreprise constituant un cas particulier (109) on peut imaginer qu'une entreprise se trouve en cessation des paiements sans que ces clignotants aient eu à se manifester, bien que l'hypothèse paraisse théorique. De plus, le commissaire aux comptes n'aura connaissance de ces indices qu'après un certain temps et la situation pourra s'être encore dégradée depuis.

Bien que réalisant un progrès important dans l'approche de la notion d'entreprise en difficulté, cette liste des signes avant-coureurs de la situation sans issue permet seulement de formuler une ébauche de diagnostic,

(suite de la note de la page précédente)

Le projet initial a été modifié en de nombreux points par la Commission des Lois (cf. l'annonce d'une partie de ces transformations : J. Foyer, De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises, Etudes P. Azard, préc., p. 55, n° 9 et s.) par l'adjonction de certaines dispositions issues du projet de loi n° 236 (tendant à améliorer le fonctionnement des sociétés commerciales, à protéger les actionnaires et à défendre l'épargne, déposé le 17 mai 1978). L'Assemblée Nationale a d'ailleurs emprunté ce titre en remplacement de celui initialement prévu au projet n° 974. L'actuel projet voté en première lecture s'intitule : « projet de loi tendant à améliorer le fonctionnement des sociétés commerciales, l'information et la protection des actionnaires et à défendre l'épargne ».

Le texte nouveau contient des dispositions relatives à l'élévation du montant minimum du capital social requis des sociétés (30 000 F. pour les S.A.R.L., 140 000 F. pour les S.A. et 1 500 000 F. pour les S.A. faisant publiquement appel à l'épargne), a baissé de 500 à 300 le nombre des salariés des sociétés devant présenter un plan semestriel et annuel, a modifié les règles relatives au droit préférentiel de souscription, celles concernant l'action sociale des actionnaires et prévu un développement des cas de nomination de commissaires aux comptes.

L'Assemblée Nationale a aussi modifié les textes relatifs à la prévention des difficultés des entreprises par rapport au projet de loi n° 974, tout en adoptant l'essentiel des mesures prévues. C'est ainsi qu'à la liste des « indices » de difficultés ont été ajoutés : « – la non-reconstitution du capital social (diminué de moitié), – le licenciement pour cause économique d'un ou plusieurs salariés, ainsi que toute variation d'effectifs ; – la défaillance judiciairement constatée d'un débiteur de l'entreprise ; – la constitution de sûretés par les créanciers de l'entreprise ; – la cession d'actif immobilier ; – la cessation de participation financière ». Le commissaire aux comptes peut poser des questions par écrit, inviter les organes à délibérer et informer le président du tribunal de commerce. Le renforcement de son rôle est maintenu. Les actionnaires peuvent poser deux fois par an des questions écrites (ils ont la possibilité de faire nommer en justice un expert chargé de présenter un rapport sur les opérations de gestion) et le comité d'entreprise conserve son droit d'interpellation ; mais dans les deux cas il n'est plus fait référence à « tout fait significatif révélant une évolution préoccupante de la société », le texte nouveau faisant seulement référence à « un ou plusieurs faits mentionnés par l'article 230-1 » de la loi de 1966 (indices).

(109) P. Dominjon, Les mercredis de la comptabilité, Supplément à la Revue fr. de comptabilité 1977, n° 75, p.6.

établi après la concrétisation de multiples difficultés dont la gravité appellerait des décisions à très court terme en raison de l'imminence de la cessation des paiements. On peut considérer que la liste de ces indices ne retient que des manifestations déjà extrêmes des difficultés et que leur constat *a posteriori* ne constitue pas un facteur d'efficacité.

C'est pourquoi certains auteurs et praticiens préconisent de compléter cette liste par diverses techniques, telles que celle des ratios ou encore de la continuité d'exploitation (110).

II . LES RATIOS ET LA CONTINUITE D'EXPLOITATION :

55 – La technique des ratios (111), apparue dans les années 1920 en comptabilité, se définit comme le rapport de deux quantités homogènes tirées de deux états financiers passés. Dans le bilan, on peut établir le ratio de fonds de roulement (112) et le ratio de trésorerie (113) qui ne doivent pas être inférieurs à un ; dans le compte d'exploitation, le ratio de rentabilité (114) ne doit pas être inférieur à la moyenne professionnelle, et celui du coût de la dépendance financière (115) permet d'en évaluer l'importance et ne doit pas dépasser le chiffre de un.

(110) E. du Pontavice, Les mécanismes destinés à alerter le conseil d'administration de la société en difficulté, Colloque de mai 1976, préc., p. 468 et spéc., p. 471 ; E. du Pontavice, La prévention des difficultés des entreprises, Colloque de Lille 1978, préc., p. 13 ; A. Chevrier, De la défaillance financière à une procédure collective renouvelée, préc., p. 652 ; A. Gremillet, Les ratios et leur utilisation, Les éditions d'organisation, 1977 ; J. L. Gontier, La détection des défaillances d'entreprise : contribution à l'analyse discriminante, thèse, dactyl., Bordeaux, 1976, p. 3.

(111) non retenue par le Rapport Sudreau.

(112) Capitaux propres + dettes à long et moyen terme + résultats de l'exercice /valeurs immobilisées.

(113) Réalisable + disponible – fournisseurs débiteurs
dettes à court terme – clients créditeurs

(114) résultats d'exploitation – amortissements – frais financiers
chiffre d'affaires hors taxes

(115) résultats d'exploitation avant frais financiers
frais financiers

Ces ratios, de plus en plus utilisés (116), ne sont considérés que comme des éléments supplémentaires d'analyse des résultats financiers lorsque divers indices de difficultés se manifestent. Leur signification la plus réelle résulte de leur variation sur plusieurs périodes au sein de la même entreprise.

Cette technique fait l'objet de nombreuses critiques en raison des limites des informations contenues dans les bilans, dont la qualité est affectée par des considérations fiscales, comptables et économiques et qui de ce fait n'offrent pas toujours la fiabilité indispensable. On a émis l'idée de procéder à un retraitement des comptes pour rendre l'utilisation de ces ratios plus significative. Le caractère tardif des informations fournies sur une période déterminée a été relevé, ainsi que les aléas d'une fixation des niveaux des ratios pouvant être considérés comme indicatifs et plus encore valables pour toutes les entreprises. Il faut prendre en considération la spécificité des différents secteurs économiques, et celle de l'entreprise elle-même, et ne pas se limiter à une analyse exclusivement financière de la situation. Le Conseil national des commissaires aux comptes a adopté, le 28 octobre 1978 (117) un document dans lequel sont retenus des ratios significatifs (118) dont il est bien souligné qu'ils ne constituent qu'un élément de réflexion ; ce document fait d'ailleurs précéder la liste des ratios d'un questionnaire détaillé qui permet d'examiner les problèmes commerciaux, sociaux en plus des seules questions financières (119).

Pour ces différentes raisons, la technique des ratios ne permet qu'une approche partielle des difficultés (120) et de nombreux travaux essaient de prendre en compte un ensemble de variables et d'établir des corrélations entre elles.

(116) cf. à propos d'une action en responsabilité contre une banque : Aix-en-Provence 31 mars 1978, Rev. Jurisp. Com. 1979, 28, note F. Derrida ; J. Masson, Le diagnostic d'entreprise. Banque 1978, 1 237 ; G. Broncy, Les nouveaux documents fournis aux entreprises par la centrale des bilans de la Banque de France, Rev. fr. de comptabilité 1978, p. 279 ; Les ratios de la Centrale des Bilans de la Banque de France, Note d'information n° 43, avril 1980.

(117) Document adopté par le Conseil national des commissaires aux comptes : Le commissaire aux comptes et les difficultés financières des entreprises, Bull. Cons. Nat. Com. Comptes 1978, n° 32, p. 480 et s.

(118) *ibid.* annexes.

(119) Les principales rubriques de ce questionnaire portent sur : la trésorerie, la structure financière, les stocks, les relations avec les banquiers, avec le personnel, avec les clients, les fournisseurs et autres créanciers, les relations de groupe.

(120) M. Dizel, thèse préc., n° 500 et s.

56 – A la suite de recherches d'origine américaine (121) une approche statistique a été tentée en utilisant la méthode d'analyse discriminante (122). Elle consiste à trouver la combinaison qui permet de différencier les entreprises viables de celles qui ne le sont plus à partir d'une analyse multidimensionnelle.

Un échantillon des deux groupes d'entreprises, les unes en état de cessation des paiements et les autres prospères, est établi et on leur applique une série de ratios choisis, dont les résultats sont assortis d'une pondération ; on obtient ainsi une fonction discriminante (123) qui constitue un instrument de gestion faisant office d'indicateur de la défaillance.

L'analyse discriminante offre l'avantage de prendre appui sur des recherches statistiques objectives et de conférer un caractère scientifique à de telles observations (124) ; elle donne un nouvel élan aux ratios, à la condition que l'on ait opéré une bonne sélection et calculé leur pondération. Cette combinaison de variables est susceptible d'expliquer la dégradation de la situation. Mais elle reste encore au stade de la recherche universitaire, suppose pour son efficacité une stabilité des ratios par secteurs d'activité (125) ainsi qu'une mise à jour permanente pour tenir compte du caractère temporel de toute fonction discriminante. La principale critique que l'on peut formuler tient à la place prépondérante que cette méthode accorde aux éléments financiers.

(121) en particulier les travaux d'E.I. Altamnn, cités et résumés par MM. Casta et Zerbib, art.préc.supra n°27.

(122) J.L., Gontier, thèse préc. ; *adde* : la bibliographie citée par MM. Casta et Zerbib.

(123) M.Y. Collongues (Ratios financiers et prévisions des faillites des petites et moyennes entreprises, Banque 1977, p.963) a établi deux fonctions discriminantes, à partir d'un échantillon de 35 entreprises défaillantes de taille moyenne et de type industriel et du même nombre d'entreprise saines. La première fonction discriminante (Z) est établie ainsi : $Z = 4,9\ 830\ X_1 + 60,0366\ X_2 - 11,8348\ X_3$

ratio X1 : frais de personnel / valeur ajoutée (H.T.)

ratio X2 : frais financiers / chiffre d'affaires (H.T.)

ratio X3 : fonds de roulement net / total du bilan ;

la règle de décision est la suivante : si Z1 est supérieure à 5,455 l'entreprise est jugée défaillante, si elle est inférieure elle est jugée saine ; la deuxième fonction discriminante :

$Z_2 = 4,6159\ X_1 - 22\ X_4 - 1,9623\ X_5$

ratio X4 : résultat d'exploitation / chiffre d'affaires (H.T.)

ratio X5 : fonds de roulement / stocks ;

la règle de décision est la suivante : si Z2 est supérieure à 3,0 774 l'entreprise est jugée défaillante, si elle lui est inférieure, elle est jugée saine.

(124) B. Daudé, Prévision des faillites et informatique, Colloque 5-6 mai 1979, préc., L'informatique et le droit commercial, p.396 et s.

(125) J. L. Gontier, thèse, préc., p.168, propose de chercher à élaborer des indicateurs sectoriels, par familles d'entreprises et par taille, selon les secteurs économiques, tout en essayant de tenir compte des facteurs non exclusivement financiers ; cf. infra n° 111, note 112.

La recherche des modes de détection des défaillances ne peut exclure les éléments extra-comptables tels que les facteurs humains et économiques ; tous les éléments d'alerte mis en évidence par l'utilisation de tel ou tel ratio, de son évolution, par la combinaison des variables, la détermination d'une fonction discriminante, ne correspondent qu'à une partie des hypothèses ; en admettant que les informations recueillies pour les établir soient d'une qualité irréprochable (126), en supposant que l'on parvienne à établir objectivement des indicateurs synthétiques de situation financière, et aussi utiles et importantes que soient de telles recherches, il faut constater qu'elles ne permettent d'appréhender que certains éléments et qu'une vision plus générale de l'ensemble de l'entreprise est indispensable.

57 – Le concept de continuité d'exploitation, appelé « going concern » par ses auteurs américains (127), est une méthode globale qui consiste à se demander si l'entreprise est destinée à poursuivre son exploitation dans le futur prévisible. Si la réponse est positive, il n'existe aucune nécessité ni intention de la liquider et l'on en tient compte pour évaluer par exemple les stocks et les actifs immobiliers. Mais pour en être assuré, il est procédé à de très nombreuses investigations à l'aide d'indices portant sur l'ensemble des éléments de l'entreprise. Pour les problèmes de trésorerie, provoqués ou non par les circonstances économiques, on recherche si dans les relations avec les fournisseurs il s'avère impossible d'obtenir des rabais ou s'ils exigent un paiement comptant, si la rotation des comptes de créances et des stocks est plus lente que la moyenne de la profession, si des besoins à court terme sont utilisés pour financer des projets à long terme, s'il est nécessaire de chercher de nouvelles sources ou de nouvelles méthodes de financement, s'il y a eu arrêt de paiement des dividendes, des pertes d'exploitation répétées, une insuffisance de fonds propres, ou encore une aggravation du ratio dettes /fonds propres.

(126) cf. supra n°29 les remarques faites par la C.O.B. *adde* : la proposition de concevoir l'expertise-comptable comme une enquête permanente sur le fonctionnement de l'entreprise et son évolution, les documents annuels n'étant considérés que comme des résumés très imparfaits d'activités multiples : C. Pinoteau, Un problème intéressant la gestion des sociétés : l'expertise-comptable non limitée aux chiffres, *Rev.Soc.*1978,701. A. Henrot, le nouveau droit comptable, *Rev.Jurisp.Com.* 1980 p.1 et s.

(127) Ce concept a été recommandé par le Comité international des normes comptables (International Accounting Standard Committee – I.A.S.C.) qui réunit les représentants des neuf pays les plus industrialisés et les plus avancés en matière comptable ; il est applicable en France : cf. F. Goré, L'évolution du droit de la comptabilité de l'entreprise. Dix ans de droit de l'entreprise, *préc.*, p.855, *spéc.*, p.864 et les références citées ; J. Paillusseau, *rapport préc.* p. 379, *spéc.*, p. 386 ; E. du Pontavice, *rapport préc.*, Colloque de Lille 1978, p.13. Les mots de « continuité de l'exploitation » figurent dans le projet de loi n° 974 adopté en 1ère lecture par l'Assemblée Nationale (art.9 du projet), cf. *supra* n°53.

On analyse aussi les problèmes posés par la concurrence : y a-t-il eu perte d'une position de monopole avec la fin d'un brevet, perte d'une franchise importante, ou procédure de concours à l'encontre d'un client important... ? Dans le domaine de la production, un très important fournisseur peut avoir disparu sans qu'une source comparable d'approvisionnement ait été trouvée en remplacement, ou bien une grève de longue durée a pu paralyser l'entreprise.

On tient compte des facteurs humains, comme le départ d'un homme-clé de l'équipe de direction qui n'a pas encore été remplacé de manière satisfaisante, ou le risque provoqué par une concentration de pouvoirs entre les mains d'une seule personne... Les événements accidentels, tels que les dommages causés par le feu, un tremblement de terre, une inondation qui ne sont pas complètement couverts par l'assurance, en tenant compte de l'assurance des pertes d'exploitation, s'ajoutent à de nombreuses autres hypothèses (128).

Une telle approche des difficultés potentielles et réelles de l'entreprise revêt un caractère global et n'exclut pas le recours aux indices ou à la technique des ratios. Au contraire, ces dernières méthodes sont utilisées et viennent compléter les différentes données étudiées en conférant à certaines d'entre elles un caractère plus précis et une mesure plus exacte de leur gravité.

Il est ainsi procédé à une sorte de radiographie des éléments financiers, économiques, commerciaux et humains de l'entreprise, qui fournit les éléments d'une prévision sérieuse de ses perspectives d'avenir. Au départ elle est présumée être en situation de continuité d'exploitation et ce concept constitue un outil de gestion et de prévision très complet. Cette analyse de l'entreprise « en mouvement » et dans son environnement, grâce à ces variables internes et externes, donne une vision dynamique de son état et surtout favorise l'analyse prospective.

La principale critique que l'on peut formuler tient au caractère empirique de cette approche de la notion d'entreprise en difficulté. Elle est à bien des égards comparable à l'attitude des crédit-men aux Etats-Unis ; les banquiers portent une appréciation globale sur l'entreprise en tenant compte de trois facteurs d'importance variable pondérés de la manière suivante : la compétence des dirigeants est retenue pour quarante pour cent, le facteur économique, c'est-à-dire l'avenir de l'entreprise dans son secteur, vingt pour cent, et le facteur financier, établi à l'aide de divers ra-

(128) à titre d'exemples : la perte de contrôle de filiales étrangères qui fournissaient auparavant des matières premières, des marchés ou des ressources financières ; des procès en cours contre la société dont on doit se demander, en cas de condamnation, si elle pourra faire face aux conséquences du jugement ; le rôle de la conjoncture économique, de nouvelles dispositions législatives imposant des normes contraignantes en matière de sécurité dans l'entreprise ou pour les produits fabriqués, ou des normes nouvelles tendant à la protection de l'environnement, ou à des économies d'énergie...

tios pour quarante pour cent (129). Cette méthode donne d'assez bons résultats dans l'ensemble. D'ailleurs, d'une manière implicite, n'est-ce pas là le réflexe normal de tout professionnel de la banque ou de tout fournisseur d'une entreprise lorsqu'il conclut des opérations de crédit ou de fourniture de marchandises ?

Le concept de continuité d'exploitation nécessite une étude approfondie des divers éléments de l'entreprise qui apparaît difficile à envisager pour les moyennes et petites entreprises, ne serait-ce qu'en raison du coût de l'enquête. (130)

L'imprécision et le caractère subjectif d'une telle méthode empêchent de la considérer comme parfaitement fiable et de nature à permettre de qualifier précisément la notion d'entreprise en difficulté. Elle reste cependant, malgré ses inconvénients, la seule technique qui cherche à embrasser tous les aspects des difficultés potentielles en ne se limitant pas aux seuls éléments financiers. Dans le même temps elle retient une conception assez extensive de l'entreprise en difficulté qui comprend non seulement les hypothèses de réalisation de certaines difficultés mais surtout les virtualités internes ou externes de certaines d'entre elles.

58 – Les techniques élaborées pour établir le diagnostic de la défaillance des entreprises se caractérisent par leur variété et leur hétérogénéité. Que l'on retienne une notion restrictive ou au contraire extensive ne permet pas de résoudre la question ; cela tient au fait qu'il n'existe pas de concept unique et que la seule façon de rendre compte de la réalité consiste à envisager des notions diversifiées de l'entreprise en difficulté.

(129) P. Lassègue, *Gestion de l'entreprise et comptabilité*, Dalloz, 1975.

(130) Il a été proposé, lorsque certains indices de difficultés sérieuses se produisent, d'aider les entreprises qui recourent à des conseils et expertises technologiques, et de gestion, et de pénaliser celles qui ne le feraient pas ; cf. Rapport A. Bienaymé au Conseil Economique et Social, préc. supra n°28.

SECTION 3 . NOTIONS DIVERSIFIEES DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE

59 – Le concept de défaillance s'avère impossible à préciser et il est sans doute illusoire de penser qu'une notion uniforme, monolithique, pourra un jour être établie pour l'ensemble des entreprises. Il est plus exact d'estimer qu'il existe plusieurs notions de l'entreprise en difficulté, susceptibles de nombreux degrés selon la gravité des causes et la capacité intrinsèque à les surmonter, et éminemment variables selon les époques, les secteurs d'activités et les entreprises.

Les facteurs humains, tout comme certaines données économiques et sociales, sont difficiles à apprécier et toutes les approches un peu plus rationnelles de ces questions sont particulièrement aléatoires.

Un autre élément, encore plus difficilement mesurable, pour ne pas dire impalpable, revêt une grande importance : il s'agit du crédit dont dispose ou non l'entreprise. Selon le degré de confiance accordé aux dirigeants, à l'unité économique, à ses perspectives financières, à sa capacité d'innovation, à la qualité de son personnel, l'environnement commercial et financier n'aura pas les mêmes réactions, et le traitement des difficultés ne se réalisera pas de la même manière. La conception actuelle du secret des affaires et la relativité du sérieux des comptes publiés accentuent l'importance des informations transmises par des voies informelles et amplifient le contenu de celles qui sont optimistes et surtout pessimistes. Pour les praticiens, la date de la défaillance coïncide avec cette crise de confiance et plus particulièrement celle qui provient des banquiers de l'entreprise. Bien qu'elle soit fondée le plus souvent sur l'évidence de difficultés déjà établies, cette défiance restera toujours impossible à déterminer. On peut seulement estimer qu'une meilleure connaissance et diffusion de certains indices concordants de difficultés auprès des principaux dispensateurs de confiance – les banques et les fournisseurs les plus im-

portants – leur permettra d'une manière ou d'une autre de mettre en demeure les dirigeants d'apporter les modifications nécessaires au redressement de l'entreprise.

60 – On constate ainsi que seule une vision diversifiée de l'entreprise en difficulté correspond à la réalité économique et juridique. Les nombreux critères examinés présentent l'avantage de tenter, par des approches différentes, de cerner ces notions ; ils restent, ainsi qu'on l'a noté, insuffisants ou trop subjectifs, parce qu'ils sont établis en fonction des mesures à prendre. Pour certains d'entre eux, il s'agit de conditions d'ouverture de procédures de concours ; pour d'autres, ils constituent des moyens de prévision et de gestion. Ils n'en conservent pas moins un objectif identique qui consiste à éviter la défaillance de l'entreprise. Le renfloement se trouve à l'évidence facilité lorsque des instruments de prévision à plus ou moins long terme sont mis en œuvre et suivis d'actions ponctuelles. Il est cependant tenu un compte insuffisant des différentes phases de la dégradation de l'exploitation de l'entreprise.

Cette conception économique de l'entreprise en difficulté n'interdit pas de penser qu'un certain nombre de règles juridiques sont communes à toutes les techniques de renfloement et qu'elles peuvent d'ores et déjà être relevées.

61 – Dans la présente étude, le traitement des difficultés seulement potentielles ne sera pas examiné, leur caractère éventuel pouvant faire douter de l'état de difficulté dans lequel se trouverait l'entreprise. Ce n'est qu'à partir de la phase au cours de laquelle elles se concrétisent qu'un redressement s'annonce nécessaire, et plus encore lorsque le stade ultime de l'accumulation de difficultés graves confère à l'opération la caractéristique d'une sorte de sauvetage. Une telle présentation pourrait correspondre, à première vue, à la distinction connue entre un état de cessation des paiements caractérisé et celui qui le précède immédiatement.

Le critère retenu est le suivant : se trouve en état de difficulté l'entreprise qui, en raison de certains déséquilibres économiques, financiers ou humains, révélés par la conjonction de divers indices, ratios et l'examen de l'ensemble de ses éléments, ne peut envisager dans le futur prévisible, à court et moyen terme, de poursuivre son activité de manière normale, ou ne le pourrait qu'en procédant à des opérations de liquidation partielle, de transformation économique, d'apports de capitaux permanents extérieurs, ou de licenciement d'une partie de son personnel. Dès lors que se manifestent certains signes évidents de cette dégradation de l'exploitation, l'entreprise est en état de difficulté et elle court le risque, plus ou moins éloigné, de ne plus pouvoir être redressée.

Il apparaît capital d'avoir une prise de conscience immédiate des différents seuils, de l'effet cumulatif de certaines difficultés, du caractère ir-

réversible de certaines phases et des phénomènes d'aggravation internes ou externes, et les importants travaux entrepris pour améliorer l'anticipation et mesurer avec précision le degré de gravité de la situation sont indispensables à l'analyste. Aucun des moyens n'est à lui seul suffisant, alors que la combinaison de plusieurs d'entre eux et l'adjonction de certains constats plus subjectifs permettent de confirmer l'analyse et d'adapter les techniques de renfloement à la situation réelle de chaque entreprise.

62 – Ce critère de l'entreprise en difficulté peut sembler quelque peu extensif et imprécis. Il est cependant le seul qui permette une vision de l'ensemble des catégories d'entreprises en difficulté sans se limiter aux seules hypothèses de celles qui gravitent autour du concept de cessation des paiements. Le constat des éléments de cette détérioration sérieuse de l'exploitation n'implique en aucune manière une action contraignante, judiciaire ou administrative, et présente l'avantage de permettre le recours précoce aux diverses techniques de renfloement, extra-judiciaires ou judiciaires, sans qu'un concept figé et uniforme établisse la ligne de partage entre les différentes phases. La menace sérieuse d'un phénomène de rupture dans la continuité de l'exploitation de l'entreprise fixe le point de non-retour à partir duquel elle est en péril et à l'autre extrémité on ne peut que constater une situation qui rend nécessaire sa liquidation pure et simple. Dans l'intervalle une ou plusieurs techniques de renfloement peuvent intervenir et leur utilisation judicieuse assurera le redressement durable de l'entreprise.

Ces notions diversifiées de l'entreprise en difficulté permettent de comprendre l'hétérogénéité des techniques juridiques utilisées pour en opérer le renfloement, et la dualité de fonctions préventives et curatives qui les caractérisent.

PREMIERE PARTIE :

Dualité de fonctions des techniques de renflouement des entreprises en difficulté

«Un législateur prévoyant pourrait empêcher la plus grande partie des faillites frauduleuses, et préparer des remèdes aux accidents qui arrivent à l'homme industriel et de bonne foi. Un registre bien fait de tous les contrats, et la liberté de le consulter ; une banque formée par une contribution sagement répartie sur les commerçants, et dont on tirerait des sommes convenables pour secourir l'industrie malheureuse, seraient des établissements qui auraient beaucoup d'avantages, et qui n'entraîneraient aucun inconvénient réel.

Malheureusement les lois faciles, simples et grandes, qui n'attendent que le signal du législateur pour répandre dans les nations la richesse, la force et le bonheur, et qui mériteraient à un Prince une reconnaissance éternelle de toutes les générations, sont ou inconnues, ou rejetées».

BECCARIA, Traité des délits et des peines, 1766, Philadelphie, p. 144.

63 – Les procédures judiciaires qui permettent le renfouement des entreprises en difficulté, tout comme les nombreuses techniques utilisées à cette fin par la pratique, ont pour rôle de tenter de prévenir la situation sans issue révélée par une accumulation des difficultés, ou bien de rechercher une solution durable de redressement économique et financier. Ces techniques sont ainsi curatives ou préventives et permettent d'assurer la survie de l'entreprise en difficulté.

64 – On ne peut cependant fixer le domaine d'application de ces diverses techniques en prenant pour critère la plus ou moins grande dégradation de la situation de l'entreprise et ses chances plus ou moins sérieuses de redressement. Ce classement chronologique, selon la gravité de la crise subie par l'entreprise, s'avère impossible. Il est vrai que l'on ne peut mettre sur le même plan une ouverture de crédit ou un report d'échéance et une cession à forfait ; mais si l'on retient une conception diversifiée de l'entreprise en difficulté (1) et définie de façon globale comme une rupture proche de la continuité de son exploitation, une cession de contrôle ou une absorption sont des solutions souvent plus efficaces qu'un octroi de délais ou de crédits. De même, au contraire d'une absorption, un concordat homologué dans le cadre du règlement judiciaire offre le double avantage de réaliser l'apurement du passif sans que le contrôle de l'entreprise soit perdu.

65 – La distinction entre les procédures judiciaires et les techniques extrajudiciaires ne peut non plus être retenue. Elle serait artificielle, puisque les premières n'excluent pas les techniques contractuelles et que certaines procédures, autres que celles de concours, sont utilisées pour tenter d'opérer le renfouement. Le plan de redressement économique et financier d'une suspension provisoire des poursuites comprend souvent des prêts ou des cessions partielles d'actifs ; une mise en location-gérance d'un fonds de commerce peut favoriser la poursuite de l'exploitation, même en cas de liquidation des biens (2) et conduire à terme à une cession à forfait ; les délais de grâce (3) ou le recours à un administrateur provisoire sont utilisés en dehors des procédures de concours.

Toute tentative de classement de ces techniques selon leur caractère judiciaire ou non, ou selon le degré de dégradation de la situation de l'entreprise s'avère ainsi infructueuse.

(1) cf. supra n° 59

(2) art. 27 de la loi du 13 juillet 1967.

(3) art. 1244 al. 2 C. civ.

66 – Il est, semble-t-il, plus rationnel de rechercher quel est le rôle essentiel de ces groupes de techniques. Les procédures de concours ont une fonction curative prédominante, au moins lorsqu'elles ne provoquent pas une liquidation séparée des éléments d'actifs ; les autres techniques ont pour rôle essentiel de prévenir la survenance de cette situation sans issue qui rend nécessaire une telle liquidation. La fonction préventive est cependant liée au rôle curatif et il n'existe pas de technique curative qui soit efficace si elle n'est pas précocement utilisée. Pour assurer le renfloement des entreprises en difficulté, les techniques sont en réalité à la fois curatives et préventives.

L'étude de ces techniques de renfloement selon l'importance de la fonction qui prédomine, permet de constater qu'en droit positif cette liaison structurelle existant entre elles se manifeste en bien des points, conduit à infléchir certaines règles ou conditions et oblige – pour réaliser l'objectif de la survie de l'entreprise – à rechercher des mesures globales de redressement, même dans l'application de techniques d'apparence dilatoire ou conjoncturelle.

La dissociation entre ces deux fonctions, ou l'insuffisance de l'une d'entre elles, permet d'expliquer les nombreux échecs pratiques des essais de renfloement.

Il convient d'étudier dans un **Titre I : les techniques de renfloement des entreprises en difficulté principalement préventives**, puis de voir dans un **Titre II : les techniques de renfloement principalement curatives**.

TITRE I

Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté principalement préventives

67 – Les dirigeants d'une entreprise qui connaît de sérieuses difficultés souhaitent le plus souvent éviter le dépôt du bilan, ou bien parce que la situation financière de l'entreprise ne leur paraît pas justifier le recours aux procédures collectives, ou bien parce qu'ils veulent tenter par tous les moyens d'échapper aux rigueurs réelles ou supposées de ces procédures. De telles espérances se révèlent souvent illusoires et conduisent à réserver à la justice les affaires irrémédiablement compromises (4), ainsi que les documents statistiques le montrent (5).

68 - Il serait cependant inexact de jeter l'anathème sur ces moyens très souvent empiriques qui permettent un renflouement durable plus fréquemment qu'on ne le pense. Les praticiens admettent la fréquence de leur utilisation (6) et leur efficacité, en faisant preuve d'ingéniosité dans l'élaboration de constructions souvent complexes qui utilisent la gamme variée des techniques contractuelles. Fréquemment, il est seulement procédé à une sorte d'« habillage » juridique d'un montage économique et financier qui prend en considération les incidences du droit fiscal et du droit social. À l'occasion d'une procédure de concours, il est courant de trouver trace de ces essais infructueux de renflouement, certains d'entre eux pouvant même être constitutifs d'infractions pénales ou générateurs de sanctions civiles.

(4) Aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire (étude des mécanismes). Rapport de l'Inspection Générale des Finances, Bibl. de dr. com., T. 20, Sirey, 1970, n° 152.

(5) cf. supra n° 3 et 11, et Annexes.

(6) Le développement considérable des cabinets de conseils témoigne de ce besoin pratique.

69 – L'attrait principal de certaines de ces techniques tient à leur caractère discret, voire au secret dont elles s'entourent. Le crédit de l'entreprise peut ainsi être conservé plus aisément en acceptant des apports de capitaux ou une absorption qu'en avouant en justice un état de cessation des paiements. La terreur ancestrale inspirée par les procédures de concours, souvent amplifiée par la méconnaissance de leurs modalités exactes, produit un phénomène de rejet et accroît le nombre des tentatives de renfouement par d'autres, voire tous les moyens. L'axiome célèbre de Balde de Pérouse : « *Faillitus ergo fraudator* »⁽⁷⁾ reste encore gravé dans l'inconscient de la vie commerciale.

70 – Il n'est guère possible d'établir une liste exhaustive de ces différentes techniques, chaque entreprise constituant un cas particulier selon son importance, sa structure financière, économique, juridique, son histoire propre, le nombre de ses salariés, la répartition de son capital etc... Les difficultés provoquées par la succession du fondateur dans une société de famille n'appellent pas les mêmes remèdes que celles d'une importante société anonyme qui subit les conséquences d'une crise sectorielle. L'imbrication des règles du droit patrimonial de la famille, du droit des sociétés, du crédit, du droit social ou encore du droit fiscal, est telle qu'il semble vain de chercher à dresser un catalogue complet de toutes les dispositions qui, de près ou de loin, sont de nature à concourir au redressement d'une entreprise en difficulté.

71 – En limitant l'étude entreprise aux seules techniques qui peuvent faciliter directement le renfouement, deux groupes principaux apparaissent : le premier met l'accent sur la recherche d'un allègement du passif, à plus ou moins long terme, alors que le second réalise une transformation des structures de l'entreprise. Il est utile de les distinguer, bien qu'elles soient souvent utilisées cumulativement ou successivement, afin de rechercher comment ces techniques, essentiellement préventives ont en réalité une fonction curative. Certaines techniques contractuelles sont ainsi déformées ou modifiées pour la satisfaction d'objectifs particuliers. La pluralité de ces moyens et la conjonction de leur utilisation provoquent des oppositions, des contradictions, des interférences fréquemment relevées.

72 – Le **Sous-Titre I** sera consacré aux **Techniques conjoncturelles**, et le **Sous-Titre II** aux **Techniques structurelles**.

(7) Jurisconsulte né en 1324 et mort en 1400 ; cf. A. Ch. Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes*, Paris, 1857, 3^e éd., T. 1, p. 20.

SOUS-TITRE I

LES TECHNIQUES CONJONCTURELLES

73 – Les mesures conjoncturelles permettant de prévenir et de résoudre les difficultés rencontrées par une entreprise se caractérisent par la recherche d'un allègement du passif ; elles reposent essentiellement sur une analyse financière, sans porter remède aux causes de cette situation ; en cela elles expriment leur rôle préventif, et il est rare – en raison de leur nature dilatoire – qu'elles suffisent à redresser la situation. Pourtant, une entreprise peut avoir besoin d'aides financières pour assurer quelques échéances difficiles, en particulier en période de crise économique, et elle les obtiendra généralement si ses difficultés ont un caractère accidentel.

74 – En revanche, si la continuité de son exploitation se trouve sérieusement menacée (8), les techniques du crédit ne lui apporteront pas les moyens durables d'assainir sa situation ; ses difficultés ne sont pas, par nature, uniquement financières, ou du moins leur traduction comptable ne constitue qu'une conséquence de son inadaptation au marché. Dans ce cas, la recherche d'un allègement du passif accompagne une véritable modification de ses structures juridiques, de ses éléments économiques et une diminution sensible du nombre de ses salariés.

Ces techniques conjoncturelles ne sont pas pour autant synonymes de provisoire ; un allègement de la charge du passif joint à un échelonnement des remboursements peut permettre de renflouer une entreprise saine du point de vue économique, grâce à un concordat amiable, par exemple, conclu dans de bonnes conditions avec tous les créanciers.

(8) cf. *supra* n° 59.

75 – Ces techniques sont surtout intéressantes en ce qu'elles ne se limitent pas au seul aspect financier du redressement et sont conditionnelles : des délais de paiement, des remises partielles, des prêts à court ou à long terme, ou une augmentation de capital, ne sont obtenus par une entreprise en difficulté que si elle présente un plan de réorganisation jugé satisfaisant par ceux qui participent à l'opération. De véritables négociations sont parfois engagées avec les créanciers ou les bailleurs de fonds, et leur objet dépasse largement le cadre des taux de crédit ou des dates des échéances reportées.

Ainsi, ces techniques conjoncturelles ont un rôle curatif qui transparaît nécessairement derrière leur fonction première de prévention de la liquidation du patrimoine de l'entreprise.

76 – Avant d'étudier les mesures propres à assurer un véritable renflouement financier (Chapitre II), les techniques dilatoires (Chapitre I) seront analysées.

CHAPITRE I

LES MESURES DILATOIRES

77 – En matière commerciale, le strict respect des échéances est considéré comme un principe fondamental, garant non seulement de la moralité commerciale, mais surtout de la sécurité des transactions ; l'octroi de délais de paiement supplémentaires est cependant fréquent et nécessaire.

78 – Le paiement à terme constitue une pratique générale en droit des affaires : les échéances des lettres de change sont le plus souvent à quatre-vingt-dix jours, ou à cent vingt jours, et l'on a récemment proposé (9) de réduire, par une disposition légale, ce délai à quarante jours. Le crédit inter-entreprises a lui aussi été considéré comme dangereux et ayant une

(9) Proposition de loi tendant à limiter à quarante jours les échéances des effets de commerce et à assurer la garantie de bonne fin de leur paiement, n° 641, annexée au procès-verbal de la séance du 26 octobre 1978, Ass. Nat.

nature inflationniste (10) : le transfert des secteurs industriels (biens intermédiaires et biens de consommation) vers les secteurs commerciaux et de services qu'il réalise est estimé à vingt-cinq milliards de francs. Son importance même permet de mieux comprendre les difficultés de trésorerie de bon nombre d'entreprises en France. Ces financements inter-entreprises peuvent, dans le cas des groupes de sociétés, conduire à un renfouement financier de certaines unités par d'autres, avec le risque en cas d'ouverture d'une procédure de concours d'une extension du passif de l'une à l'autre.

79 – L'entreprise en difficulté peut demander des reports volontaires d'échéances, qui ne présentent guère de particularité ; tout au plus peut-on considérer que leur renouvellement et leur importance traduisent une situation financière proche de l'état de cessation des paiements et ils sont considérés comme un indice significatif du profond déséquilibre de l'entreprise. Diverses opérations frauduleuses, telles que l'émission de traites dites de cavalerie, ou des escroqueries, entraînent des sanctions pénales ou civiles, et, à défaut de ces qualifications, elles révèlent l'utilisation de moyens ruineux de se procurer du crédit, élément caractéristique de l'état de cessation des paiements (11).

80 – En dehors de ces hypothèses, le débiteur obtient des facilités de paiement en demandant en justice un délai de grâce, en essayant de différer le paiement de ses impôts et cotisations de sécurité sociale, ou en obtenant des crédits à court terme auprès des banques.

I. LES DELAIS DE GRÂCE

81 – Le terme de grâce, ou délai de grâce (12), est accordé par le juge au débiteur dont la dette est venue à échéance et que le créancier poursuit. C'est une mesure individuelle, qui ne peut être assimilée aux divers mora-

(10) Rapport de la Commission Mordacq du Plan. Le Monde 28 mars 1977, p. 11 ; le C.N.P.F. souhaite une réduction « en douceur » des délais de paiement. Le Monde 25 octobre 1978, p. 37 ; G. Pastre, *Le financement inter-entreprises*, thèse, dactyl., Paris I, 1975, C. Gavalda, *Le crédit gratuit*, D. 1979, Chr., 277, n° 19 et s. et les réf. citées.

(11) cf. supra n° 35 et s.

(12) A. Weill et F. Terré, *Droit civil, Les obligations*, 2^e éd., 1975, Dalloz, n° 916 et s. ; J. Carbonnier, *Droit civil, 4, Les obligations*, 9^e éd., 1976, P.U.F., coll. Thémis, n° 61 ; Rép. Civ. V° Paiement, par A. Ponsard et P. Blondel, n° 146 et s.

toires légaux accordant la suspension des poursuites des créanciers à certaines catégories de débiteurs (13) ou de dettes (14), en raison de circonstances particulières, telles que la guerre ou l'interruption du service postal (15).

82 – Le délai de grâce de l'article 1244 alinéa 2 du code civil (16) figure dans la section consacrée au paiement et constitue une exception notable à la force obligatoire des conventions. En 1804, pour des raisons humanitaires, il a été introduit dans le code civil en ces termes : « Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en l'état ». Le débiteur malheureux et de bonne foi, victime des circonstances, peut ainsi obtenir par le jugement même qui statue sur la dette et prononce la condamnation (17) un délai, fixé discrétionnairement par le juge, sans limitation légale de durée. Et pendant un siècle, les débiteurs poursuivis « se sont présentés humblement devant le tribunal, sollicitant des délais pour payer, et, si les décisions favorables étaient nombreuses, elles étaient dictées par le sentiment de pitié qui empêche qu'une suprême injustice ne résulte de l'application stricte du droit » (18).

Dès l'origine, cependant, tout délai de grâce était exclu en matière cambiaire et pour la vente à réméré (19).

83 – L'article 1244 alinéa 2 a été profondément modifié par deux lois des 25 mars et 20 août 1936, qui reprenaient quelques-unes des dispositions introduites en 1935 en faveur des acheteurs de fonds de commerce, et qui précédaient la loi du 21 août 1936 instituant un moratoire général. Ces

(13) par exemple : les personnes mobilisées, réfugiées ou rapatriées..., cf. *Encycl. Dalloz Rép. Civ.*, V° Moratoire, 1973, par R. Perrot et C. Giverdon.

(14) cf. la liste des moratoires légaux, A. Weill et F. Terré, *op. cit.*, n° 922.

(15) Loi du 27 décembre 1974, *ibid.*, n° 922.

(16) Il est appliqué aussi en Belgique dans les mêmes termes, cf. *infra* Annexes : *Eléments de droit comparé*.

(17) ancien art. 122 Code de proc. civ.

(18) G. Ripert, *Le droit de ne pas payer ses dettes*, D.H. 1936, p. 57, n° 1.

(19) art. 1661 C. civ.

différentes réformes ont subi la critique acérée de Ripert (20) et seules les modifications apportées à l'article 1 244 du code civil ont subsisté. Le nouveau code de procédure civile consacre désormais un chapitre au délai de grâce (21), dans le Titre XV relatif à l'exécution du jugement, et l'on a pu dire que l'institution a désormais pignon sur rue (22).

84 – Le délai de grâce est accordé en tenant compte de la position du débiteur et de la situation économique, pour une durée ne pouvant excéder une année, et en cas d'urgence ce pouvoir appartient au juge des référés (23).

Il demeure exclu en matière d'effets de commerce (24), lorsque les biens du débiteur sont saisis par d'autres créanciers, qu'il est en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, ou encore s'il a diminué les garanties accordées par contrat à ses créanciers (25).

Lorsqu'il est accordé, il n'a pour effet que de surseoir à l'exécution des poursuites, le créancier peut prendre des mesures conservatoires (26), les intérêts compensatoires continuent à courir et la compensation peut se produire (27). Enfin, la décision doit être motivée (28).

85 – Il se pose cependant la question de la délimitation des domaines respectifs de l'article 1 244 du code civil et des articles 510 et suivants du nouveau code de procédure civile. En effet, ces derniers textes réservent

(20) « Mais c'est tuer le contrat que de libérer légalement le débiteur chaque fois qu'il éprouve une difficulté de paiement. La disparition du crédit ne manque pas de suivre de telles mesures », G. Ripert, *ibid.*, n° VI.

(21) art. 510 à 513 nouv. C. pr. civ.

(22) R. Perrot, *obs. Rev. trim. dr. civ.* 1976, p. 399, n° 7

(23) art. 1244 al. 2 et 3 C. civ.

(24) art. 182 al. 2 C. com.

(25) art. 512 nouv. C. pr. civ.

(26) art. 513 du nouv. C. pr. civ.

(27) art. 1292 C. civ.

(28) art. 510 al.2 du nouv. C. pr. civ. ; cf. un arrêt de cassation pour non respect par les juges du fond de cette condition : Civ. 2° 11 octobre 1978, Bull. II, p.161, n°206, D. 1979, I.R., 48, J.C.P. 1978, IV, 343, et Civ. 3° 9 mai 1978, J.C.P. 1978, IV, 212, cassant un arrêt ayant accordé à un locataire commerçant un délai suspendant les effets de la clause résolutoire du bail pour défaut de paiement des loyers, sans rechercher si sa position et sa situation économique l'avaient empêché de se libérer dans le temps prévu au commandement.

l'octroi du délai de grâce à la décision dont il est destiné à différer l'exécution et fait précéder cette condition de la phrase « à moins que la loi ne permette qu'il soit accordé par une décision distincte ». Si l'on ne veut pas enlever toute portée à l'alinéa 3 de l'article 1 244 du code civil, reconnaissant la compétence du juge des référés en ce domaine, il convient de considérer que ce dernier texte constitue bien l'une des exceptions visées par l'article 510 du nouveau code de procédure civile. En cas d'urgence, le débiteur condamné, à qui il a été refusé un délai par la juridiction saisie sur le fond, peut en solliciter à nouveau l'octroi en invoquant les dispositions de l'article 1 244 alinéa 3 du code civil (29), à condition, en matière commerciale, de ne pas s'adresser au Tribunal de Commerce, puisque l'article 877 du nouveau code de procédure civile ne reconnaît pas à cette juridiction la compétence des litiges nés de l'exécution forcée de ses propres jugements (30) ; le Président du tribunal de commerce, statuant en référé, voit ainsi sa compétence limitée à celle du tribunal (31). Le débiteur ne doit pas se trouver non plus dans les situations excluant le bénéfice du délai de grâce prévues par l'article 512 du nouveau code de procédure civile.

Ainsi, la suprématie de l'article 1 244 du code civil sur les textes de procédure civile ne permet pas au juge des référés, sous prétexte de l'urgence, de porter atteinte aux conditions prescrites par les articles 511 à 513 du nouveau code de procédure civile.

86 – Le délai de grâce est obtenu lors de la décision de condamnation, avant ou après elle, en recourant au juge des référés (32). On a cependant admis un délai d'un an de répit au profit d'un débiteur de bonne foi qui

(29) en ce sens : Trib. gr. inst. Dieppe, 7 janvier 1976, D. 1976, 490, note Y. Lobin, Rev. trim. dr. civ. 1976, 399, obs. R. Perrot, J.C.P. 1976, IV, 6586, p. 93, obs. J.A.

(30) Lyon 29 septembre 1977, J.C.P. 1978, II, 18818, note J.A.

(31) art. 872 nouv. C. pr. civ.

(32) En matière de saisie immobilière (art. 702, 703 anc. C. pr. civ.), on admet qu'il est impossible d'obtenir un délai de grâce lorsque la date d'adjudication a été fixée : Civ. 2^e 9 octobre 1975, J.C.P. 1976, IV, 6573, note J.A., Rev. trim. dr. civ. 1976, 411, n° 17, obs. R. Perrot ; Rép. Min. n° 19059, J.O. Déb. Sénat, 30 avril 1976, 798, J.C.P. 1976, IV, 214 ; contra : en invoquant des raisons humanitaires : Trib. gr. inst. Fontainebleau (Réf.) 9 novembre 1978, D. 1979, 294, note P. Godé, J.C.P. 1979, II, 19176, note J.A., Rev. trim. dr. civ. 1979, 675, obs. R. Perrot ; le Premier Président de la Cour d'appel ne peut, pour accorder un délai de grâce, suspendre l'exécution d'une ordonnance de référé, laquelle est de plein droit exécutoire par provision, puisqu'il n'a pas à apprécier le bien-fondé des motifs qui justifient cette exécution provisoire : Paris, Ord. Réf. Prem. Prés., 15 octobre 1975, J.C.P. 1976, II, 18277, note J.J. Hanine ; les juridictions contentieuses de Sécurité Sociale ne peuvent accorder de délais sur le fondement de l'article 1244 C. civ. : Soc. 17 mai 1979, J.C.P. 1979, IV, 238, et cf. infra n° 94.

ne pouvait exécuter la première échéance de son concordat judiciaire (33) et cette solution surprend au regard des termes de l'article 75 de la loi du 13 juillet 1967.

87 – L'usage des délais de grâce est fréquent et le législateur en a prévu récemment un nouveau cas d'application : la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (34) a expressément confié au juge d'instance statuant en référé le pouvoir de suspendre l'obligation du débiteur, notamment en cas de licenciement (35). On a parlé de délai de grâce « social » (36) et noté que la condition d'urgence de l'article 1 244 alinéa 3 n'est pas reprise dans ce texte (37) ; mais l'article 848 du nouveau code de procédure civile requiert cette condition pour les ordonnances de référé du juge d'instance. Le renvoi pur et simple fait par cet article 8 à l'article 1 244 du code civil conduit à appliquer les conditions prévues par ce dernier texte, et en particulier à limiter le délai de grâce à une durée d'un an (38) ; sur un point, le législateur de 1978 a innové en permettant au juge de dispenser le débiteur du paiement des intérêts pendant le délai de grâce qu'il lui accorde. Ainsi, cette disposition nouvelle permet une véritable suspension du contrat de crédit, voire une dispense

(33) Trib. gr. inst. Béthune, 18 décembre 1974, *Gaz.-Pal.* 1975, I, 323, note P. Fangain, *Rev. trim. dr. civ.* 1975, 641, n° 19, obs. R. Houin et E. Le Gall, qui relèvent cette curieuse manière de valoriser le concordat : pourtant la Cour de cassation ne paraît pas exclure l'application de l'article 1244 C. civ. à un débiteur concordataire : *Com.* 15 juillet 1975, *D.* 1976, 737 note F. Derrida. Selon cet auteur, afin d'éviter les difficultés, il serait bon d'inclure une clause de résolution de plein droit dans le concordat ou de conférer au commissaire à l'exécution du concordat le pouvoir de surseoir au recouvrement des dividendes concordataires.

(34) J.O. 11 janvier 1978, 299, *D.* 1978, L, 83, *J.C.P.* 1978, III, 46697.

(35) art. 8 de la loi du 10 janvier 1978 ; *Rép. Min.* n° 14784, *J.O. Déb. Ass. Nat.* 7 avril 1980, 1426.

(36) C. Gavalda, *L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit* (commentaire de la loi du 10 janvier 1978), *D.* 1978, *Chr.*, 189, spéc., n° 49.

(37) J. Stoufflet, *La protection du consommateur faisant appel au crédit. Premières réflexions sur la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978*, *Mélanges offerts à E. de Lagrange*, *L.G.D.J.*, 1978, 225, n° 7.

(38) La loi n° 80-1 du 4 janvier 1980 (*J.O.* 5 janvier 1980, 39, *D.* 1980, L, 75) modifiant certaines dispositions du Code de la construction et de l'habitation, a, pour sa part, été plus explicite, en prévoyant que « les délais renouvelables accordés par le juge des référés aux occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel dont l'expulsion aura été ordonnée judiciairement, chaque fois que le logement des intéressés ne pourra avoir lieu dans des conditions normales... » (art. L. 613-1), par dérogation à l'article 1244 C. civ. pourront être d'une durée de trois ans au plus (art. L. 613-2).

des intérêts pendant la durée du délai accordé (39). Elle est d'application générale, quelle que soit la cause de la défaillance de l'emprunteur et notamment en cas de licenciement, et peut être lourde de conséquences pour les organismes de prêt, ou pour les entreprises qui consentent elles-mêmes ces crédits. En période de crise économique et de chômage, les dangers sont réels de voir les juges d'instance accorder avec une certaine facilité ces délais de grâce.

88 – Lorsqu'une entreprise obtient un délai de grâce, qu'elle soit ou non victime des conséquences de l'octroi de tels délais à ses propres débiteurs, la mesure dilatoire qu'elle représente a au moins deux inconvénients qui la rendent d'une efficacité toute relative.

En premier lieu, le délai de grâce judiciaire ne peut excéder une année et cette période de temps peut s'avérer courte pour rétablir une situation financière difficile ; il est vrai que son objet n'est que de suspendre l'exécution d'une poursuite d'un créancier et non de redresser l'entreprise. En second lieu, il ne s'agit que d'une mesure isolée, dont le bénéfice se trouve automatiquement perdu si un autre créancier saisit les biens du débiteur et à plus forte raison si son état de cessation des paiements est constaté (40).

En réalité, le délai de grâce n'est utile que pour obtenir en justice une prorogation d'échéance que le créancier refuse de consentir, et dès qu'il existe une pluralité de créanciers dont le paiement à l'échéance s'avère impossible, le recours à l'article 1 244 du code civil est sans effet. Mesure conjoncturelle, individuelle, et purement dilatoire, le délai de grâce a cependant son utilité, en dépit de ses limites. Mais lorsque l'entreprise rencontre de telles difficultés pour honorer ses échéances, il est fréquent qu'elle ait négligé le paiement des cotisations sociales et des impôts dont elle est redevable ; il lui sera alors utile d'essayer d'en différer le règlement et d'éviter les pénalités de retard.

II. LES DELAIS DE PAIEMENT POUR LES DETTES FISCALES ET PARA-FISCALES

89 – Les responsables des entreprises en difficulté paient fréquemment avec retard les impôts et taxes, dont la T.V.A. perçue sur leurs clients, et les cotisations de sécurité sociale, y compris celles prélevées sur les salariés. L'accumulation d'un passif important, bénéficiant de privilèges, représente non seulement une perte pour la collectivité nationale, mais aus-

(39) voir la critique de cette « extension abusive de la notion de force majeure », par P. Godé : *Rev. trim. dr. civ.* 1978, *Chr. de Législation*, 439.

(40) art. 512 al.2 du nouv. C. pr. civ.

si conduit à créer un crédit fictif pour l'entreprise (41) mettant en péril la situation des autres créanciers et plus particulièrement de ceux qui ne bénéficient pas d'un privilège. Bien que des règles de publicité des privilèges du Trésor et de la Sécurité Sociale soient prévues (42), les fournisseurs consultent rarement les registres tenus au greffe du tribunal de commerce et sont ainsi les victimes désignées de ces crédits de fait (43), abusés par une solvabilité qui n'est qu'apparente.

90 – Le Trésor et la Sécurité Sociale ne peuvent cependant refuser tout délai de paiement et recourir à l'exécution forcée immédiatement ; ils ne sont pas des créanciers tout à fait ordinaires et leur attitude prend en compte les intérêts de l'économie régionale et de l'emploi qu'une décision intempestive risquerait de mettre en péril (44). Mais c'est plutôt avec un réel libéralisme qu'ils accordent des délais (45) faussant gravement les règles de la concurrence (46) et réduisant les créanciers chirographaires à la portion congrue (47). Le montant total de ce passif privilégié dans les procédures collectives (48), très important et en constante augmentation d'année en année, ne fournit qu'une approche incomplète du chiffre total des paiements ainsi différés.

(41) C. Champaud, La place de l'intérêt public dans les procédures collectives, Colloque de Lille, 11 mai 1978, p. 109. F. Derrida, Le crédit et le droit des procédures collectives, Mélanges R. Rodière, préc.

(42) Ripert et R. Roblot, *Traité élém. de dr. commercial*, 9^{ed.} 1981, T. II, L.G.D.J., n° 3165 et s. ; le projet de loi tendant à instituer des mesures de prévention des difficultés dans les entreprises, n° 974, Ass. Nat., annexé au procès-verbal de la séance du 17 avril 1979, abrège les délais de publicité des privilèges du trésor et de l'URSSAF pour inciter l'entreprise à ne pas trop user du crédit public et améliorer l'information des fournisseurs et des tiers.

(43) Y. Bachelot, Les garanties demandées par les banques, *Rev. Jurisp. Com.* 1977, n° spécial : Rôle et responsabilité des banques, p. 267.

(44) Rép. Min. n° 8060, J.O. Déb. Ass. Nat., 21 juil. 1980, p. 3096.

(45) tout en n'admettant pas à concourir aux marchés de l'Etat « les personnes physiques ou morales qui n'ont pas effectué le paiement des impôts, taxes, majorations et pénalités »... « à moins d'avoir constitué des garanties jugées suffisantes par l'organisme ou le comptable responsable du recouvrement » : article 52 du Code des Marchés publics, mod. par D. 79-991 du 23 nov. 1979, J.O. 25 nov. 1979, p. 2923, D. 1980, L. 1.

(46) F. Derrida, art. préc., n° 14.

(47) M. J. Reymond de Gentile, Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967, *Bibl. de dr. commercial*, T. 25, Sirey, 1973, n° 349.

(48) cf. supra n° 13, et infra n° 95.

91 – La gravité et les dangers de la continuation de cette situation ont conduit les pouvoirs publics, depuis quelques années, à créer des organes permanents chargés d'examiner les demandes de délais, non plus par chaque organisme isolément, mais après une concertation des autorités financières locales compétentes. En quelque sorte, si l'entreprise demande un délai pour procéder au paiement de quelques dettes fiscales ou para-fiscales et que l'on peut estimer qu'il s'agit là d'une difficulté simplement passagère, chaque administration prend la responsabilité de l'octroyer ; en revanche, s'il apparaît que l'entreprise est en proie à de très sérieuses difficultés financières, une sorte de moratoire général est élaboré par une commission départementale des chefs des services financiers de ces organismes, avec le trésorier-payeur général et le responsable local de la Banque de France.

Au cours des dernières années, cette commission a vu son domaine d'action considérablement élargi, en recevant une mission de détection des entreprises en difficulté, un rôle de conseil et la possibilité d'accorder des prêts publics.

92 – Cette transformation progressive d'une procédure essentiellement dilatoire en un moyen de porter durablement remède aux difficultés des entreprises est intéressante à plus d'un titre. Elle permet d'établir un plan global des remboursements des dettes fiscales et para-fiscales, au lieu d'une décision individuelle des administrations compétentes. Elle consiste surtout à prendre conscience de la nécessité de ne pas s'en tenir à de simples reports d'échéances et de faire porter l'analyse sur les causes de ces difficultés et les moyens nécessaires à mettre en oeuvre pour les résoudre durablement et efficacement. Le même organisme est aujourd'hui chargé d'apprécier l'opportunité de la demande de délais et de procéder à des interventions ponctuelles au profit d'entreprises qui sont jugées économiquement viables, en leur fournissant des renseignements sur les sources de financement, l'octroi de prêts publics, en intervenant auprès de leurs banques ou en leur apportant des aides publiques. Au gré des réformes successives, et malgré les critiques adressées à une procédure officielle et limitée aux seules dettes fiscales et para-fiscales, les pouvoirs publics complètent l'admission des délais de paiement par un essai de renfouement véritable.

93 – L'octroi de délais en matière fiscale et para-fiscale conserve sa fonction dilatoire et préventive, mais elle la complète par un rôle curatif nouveau, et cela en raison de l'impossibilité d'une dissociation entre ces deux fonctions.

Un véritable moratoire peut ainsi être accordé, et il remplace ou fait suite à de simples délais de paiement selon la gravité de la situation de l'entreprise.

A. Les délais de paiements consentis par le Trésor et la Sécurité Sociale :

94 – Les cotisations de sécurité sociale doivent être payées à l'Union pour le recouvrement dont relève l'établissement, dans les quinze premiers jours du trimestre suivant le paiement de la rémunération si l'employeur occupe moins de dix salariés ou dans les quinze premiers jours du mois suivant le paiement s'il emploie plus de dix salariés (49). Le non-paiement à la date d'exigibilité de ces cotisations fait naître, sans mise en demeure préalable, les majorations de retard, d'un montant de dix pour cent pendant les trois mois suivants, auxquels s'ajoutent trois pour cent par trimestre suivant (50).

95 – L'article L 68 du code de la sécurité sociale interdit aux Caisses d'accorder des remises pour les cotisations, ainsi que pour les majorations de retard. Des facilités de paiement ont cependant toujours été admises, sur simple tolérance administrative, et ont été confirmées par le décret du 24 mars 1972. Son article 15 permet « un sursis à l'exécution des poursuites », à certaines conditions : les cotisations ouvrières doivent avoir été préalablement payées, une fraction minimale des majorations de retard est conservée à sa charge (51) et ce sursis est subordonné à la justification de garanties dont l'appréciation est laissée à l'initiative du directeur de l'organisme de recouvrement (52).

Une possibilité de réduction des majorations de retard (53) a été instituée par l'article 14 du Décret du 24 mars 1972, exercée soit par le di-

(49) art. 1 du Décret n° 72-230 du 24 mars 1972.

(50) art. 12 du Décret du 24 mars 1972 ; en cas de paiement par chèque envoyé la jurisprudence constante de la Chambre sociale de la Cour de cassation retient la date de réception par le créancier, pour présumer que le débiteur a acquitté son paiement, sous réserve de l'encaissement effectif du chèque, et ne pas lui appliquer les pénalités de retard : Soc. 26 octobre 1978, Bull. V, n° 721, p. 541, D. 1979, I.R., 273, obs. M. Cabrillac ; Soc. 9 novembre 1976, Rev. trim. dr. com. 1976, 762, obs. M. Cabrillac et J.L. Rives-Lange ; Soc. 17 mai 1972, D. 1973, 129, note C. Gavalda ; en matière fiscale, la date d'envoi du chèque est retenue pour éviter les majorations de retard, cf. G. Gavalda et J. Stoufflet, Droit commercial, 2, Chèques et effets de commerce, P.U.F., coll. Thémis, 1978, n° 408.

(51) au moins 1% des cotisations arriérées par mois ou fraction de mois de retard ; Soc. 19 mars 1975, D. 1975, 383.

(52) Ces garanties peuvent être un aval des dirigeants ou d'un tiers, ou encore une caution bancaire.

(53) S'il y a eu des reports d'échéances, le point de départ des majorations de retard reste fixé, selon l'article 12 du Décret du 24 mars 1972, impérativement à la date d'exigibilité des cotisations en non pas à l'expiration des délais accordés par l'URSSAF : Soc. 22 février 1979, D. 1979, I.R., 411.

recteur de l'organisme de recouvrement si la créance ne dépasse pas un chiffre fixé par arrêté du Ministre de la Santé, soit par la Commission de recours gracieux (54) sur proposition du directeur. Cette remise n'est possible que si le débiteur a réglé la totalité du principal des cotisations (55) et s'il est de bonne foi (56), un minimum d'un pour cent des cotisations arriérées par mois de retard restant à sa charge (57). Dans des cas exceptionnels (58) une remise intégrale des majorations de retard est permise, avec l'approbation du directeur régional de sécurité sociale et du trésorier payeur général (59).

Ces dispositions limitent considérablement les possibilités de remises et enferment l'octroi de délais dans des conditions très strictes. Bien que les cotisations non payées atteignent des chiffres très importants, elles ne

(54) Les juridictions contentieuses de Sécurité Sociale sont incompétentes pour accorder des délais sur le fondement de l'article 1244 C. civ. : Soc. 17 mai 1979, J.C.P. 1979, IV, 238.

(55) Soc. 14 février 1980, D. 1980, I.R., 312.

(56) cf. les exemples reproduits dans le Lamy Social 1980, n° 3252 : entreprises créancières des collectivités publiques, difficultés financières dues à la défaillance d'un client important... : fausse imputation du versement effectué par les services administratifs de la caisse de Sécurité Sociale : Soc. 7 février 1980, J.C.P. 1980, IV, 158 ; Soc. 29 mai 1980, J.C.P. 1980, IV, 300.

(57) La Commission de sécurité sociale doit être explicite sur ce point, sous peine de cassation de sa décision : Soc. 11 janvier 1979, D. 1979, I.R., 303.

(58) Circulaire de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale du 23 juin 1972 : précarité de la situation du débiteur, nature des cotisations arriérées (redressement des erreurs de bonne foi) ; l'appréciation des juges du fond sur les difficultés financières d'une société et l'incendie dont elle avait été victime permettant de retenir sa bonne foi et de lui accorder une remise partielle des majorations de retard, échappe au contrôle de la Cour de cassation : Soc. 22 février 1979, D. 1979, I.R., 411.

(59) L'approbation du directeur régional et du trésorier payeur général doit être préalable à la décision de remise intégrale : Soc. 26 octobre 1978, préc. ; Soc. 28 juin 1978, Bull. V, n° 524, p. 394, J.C.P. 1978, IV, 278 ; Soc. 21 juin 1979, J.C.P. 1979, IV, 291 ; Soc. 4 octobre 1979, J.C.P. 1979, IV, 361 ; Soc. 26 octobre 1979, J.C.P. 1980, IV, 10 ; Soc. 28 février 1980, J.C.P. 1980, IV, 186 ; Soc. 14 février 1980, J.C.P. 1980, IV, 168 ; de même, la Commission de première instance ne peut surseoir à statuer en enjoignant au directeur régional et au trésorier payeur général d'émettre un avis sur la demande de remise de majorations : Soc. 4 octobre 1979, D. 1980, I.R., 84 ; Soc., 11 décembre 1980, J.C.P. 1981, IV, 81 ; est justifiée la décision de la Commission de 1ère instance qui a estimé qu'une entreprise débitrice de cotisations s'était trouvée dans un cas exceptionnel, celles-ci n'ayant pas été acquittées en raison d'une grève des postes qui avait compromis le recouvrement des créances de l'entreprise, et qui a sursis à statuer jusqu'à ce que le débiteur obtienne l'accord ou le refus du T.P.G. et du directeur régional de la sécurité sociale dans le délai de trois mois de la signification de la décision.

représentent qu'un et demi pour cent du total des cotisations liquidées au cours de l'année 1977 (60).

La date d'acquittement des impôts et taxes varie selon qu'il y a émission préalable ou non d'un titre exécutoire. En règle générale, pour les impôts directs, faisant l'objet d'un rôle, la majoration est forfaitairement fixée en cas de retard à dix pour cent. Certains impôts directs doivent être réglés à date fixe, comme celui sur les sociétés, l'imposition forfaitaire de trois mille francs due par les personnes morales passibles de l'impôt sur les sociétés, l'acompte de la taxe professionnelle, la taxe d'apprentissage et la taxe sur les salaires, et la majoration de retard encourue est la même, avec cependant quelques exceptions et cas particuliers.

Des délais supplémentaires peuvent être obtenus par les débiteurs de bonne foi, compte tenu de leur situation particulière, mais la majoration de dix pour cent leur est applicable, à moins qu'elle ne leur soit remise s'ils paient dans les conditions fixées.

Une remise gracieuse de la majoration peut être obtenue sur demande écrite adressée au percepteur s'ils ont obtenu des délais de paiement pour gêne de trésorerie, ont accru leurs exportations ou appartiennent à un secteur de l'activité économique victime de difficultés exceptionnelles (61). Selon l'importance des sommes dues, ces remises gracieuses sont accordées par les différents responsables du Trésor (62).

96 – Pour les impôts qui doivent être acquittés sans émission préalable d'un titre exécutoire (63), les pénalités de retard s'élèvent à trois pour cent des sommes dues pour le premier mois écoulé ou commencé et un pour cent pour chacun des mois suivants.

En matière de droits d'enregistrement, de taxe sur le chiffre d'affaires, de contributions indirectes et pour le principal des droits, l'article 1930-2

(60) cf. les chiffres cités par M. Bancarel, La sécurité sociale face à l'entreprise en difficulté, Droit Social 1978 n° spécial : Le droit social et l'entreprise en difficulté ou en liquidation, p. 51. En 1973, ce chiffre ne représentait que 0,32 % du total ; de même le taux annuel des majorations de retard et des pénalités est passé de 4,67 % en 1972 à 13,57 % en 1977 ; on évalue à 8 milliards de F. au 31 décembre 1977, la dette cumulée depuis 1946, dont 6,4 milliards de F. depuis 1974, et 55 % de cette somme est considéré comme irrécouvrable en raison des procédures collectives prononcées : cf. Rapport au nom de la Commission de contrôle de la gestion de la sécurité sociale par P.A. Bourson, Ass. Nat., n° 1179, 20 juin 1979, p. 94.

(61) Décision ministérielle du 13 janvier 1958.

(62) cf. Instruction C.P. 77-5, A1-A2 du 6 avril 1977, et Lamy Fiscal 1980, T. II, n° 4975.

(63) art. 1727 C.G.I., taxes sur le chiffre d'affaires, contributions indirectes, droits d'enregistrement et de timbre, contributions taxes et droits assimilés à ces impôts (taxes parafiscales...), taxes sur les salaires...

1^o du code général des impôts interdit à l'administration d'accorder des remises ou modérations.

Les pénalités fiscales peuvent faire l'objet de remises, modérations ou de transactions, relevant de la compétence du directeur des services fiscaux chargé d'une direction départementale si l'objet de la demande n'excède pas deux cent mille francs, du directeur régional en-dessous de trois cent mille francs, du directeur général en-dessous de cinq cent mille francs ou encore du ministre dans les autres cas. Le directeur général et le ministre se prononcent après avis d'un Comité du contentieux fiscal, composé, sous la présidence d'un Conseiller d'Etat, de Conseillers d'Etat et de Conseillers maîtres à la Cour des Comptes (64).

97 – Tout un régime spécial a été institué en 1976 et 1978 au profit des petites et moyennes entreprises. En vue de favoriser la création de cette catégorie d'entreprises et tenir compte du fait que les nouveaux chefs d'entreprise ne sont pas familiarisés avec la législation fiscale, le ministre de l'économie, dans une note du 18 juin 1976 (65), a recommandé à l'administration de faire preuve d'indulgence pour les erreurs commises de bonne foi pendant les quatre années suivant la création, l'acquisition ou la prise en gérance libre de l'entreprise, ou la prise du pouvoir de décision dans une personne morale. Une large modération des pénalités de retard peut être accordée, permettant d'échelonner les impositions sur une période de deux ans, et après la justification par les responsables de l'impossibilité dans laquelle ils se trouvent de se libérer immédiatement des impositions mises à leur charge.

L'instruction du 16 octobre 1978 (66) a complété ce régime de suspension gracieuse des poursuites. Pour les entreprises soumises au forfait, les délais de régularisation ne pourront être accordés qu'une seule fois et ne devront pas excéder quelques mois ; pour celles soumises au régime réel, il est prévu une limitation à une ou deux échéances mensuelles, au maximum trois. Lorsqu'une erreur de bonne foi a été commise, la suspension gracieuse ne peut excéder deux années, et pour les entreprises qui ne sont pas de création récente, les facilités de paiement des rappels de droits résultant d'erreurs de bonne foi doivent être accordées avec circonspection.

Cette suspension gracieuse des poursuites est consentie tacitement par le comptable, en contrepartie de l'engagement unilatéral du débiteur

(64) art. 20 de la loi de finances du 29 décembre 1977.

(65) B.O. 13 L-9-76.

(66) Instr. du 16 octobre 1978, B.O.D.G.I., 12 C-38-78, J.C.P. 1978, éd. C.I., 7370.

d'acquitter sa dette selon un plan échelonné, tout en payant régulièrement ses taxes en cours, et elle peut être subordonnée à la constitution de garanties.

Ce régime particulier, institué au profit des petites et moyennes entreprises en 1976 et complété en 1978, n'assimile pas l'octroi de délais de paiement à une simple mesure dilatoire : il reprend quelques-unes des dispositions élaborées progressivement par les pouvoirs publics pour favoriser le renfouement des entreprises en difficulté qui ne peuvent faire face à leurs obligations fiscales et para-fiscales.

B. Les moratoires pour les créances fiscales et para-fiscales :

98 – Une circulaire de la Direction de la comptabilité publique du 26 mars 1954 a prescrit aux comptables du Trésor de signaler les défaillances importantes de débiteurs au trésorier-payeur général ; celui-ci réunit les représentants des administrations fiscales et sociales et fait procéder à un examen de la situation du débiteur, dont la gravité est susceptible d'affecter l'équilibre économique et social de la circonscription.

Saisie par le débiteur (67) ou par l'un quelconque de ses membres, la Commission peut proposer un échéancier de remboursement et solliciter des sûretés pour en garantir l'exécution, les différents organismes représentés à cette Commission étant libres d'adhérer ou non à ce plan de remboursement.

Cette technique informelle et confidentielle a été consacrée par le Décret du 2 décembre 1963, complété par une Circulaire du 10 novembre 1964. Une Commission départementale des chefs des services financiers (68) est instituée, qui a désormais un pouvoir de décision et non plus seulement de coordination.

Si le montant cumulé de ses dettes fiscales et para-fiscales atteint au moins la somme de cent mille francs, le débiteur s'adresse à la Commission (69) qui dresse un plan d'ensemble du recouvrement, assorti éventuellement de garanties ; ce plan est adopté par une décision prise à la majorité de ses membres et non plus comme auparavant par une suite d'adhésions volontaires. Les poursuites sont suspendues pendant l'exécution de ce plan, à moins que le débiteur ne le respecte pas, diminue les sûretés fournies ou ne paie pas les cotisations courantes.

(67) M. Bancarel, art. préc., p. 53 ; le total cumulé des dettes doit être d'au moins 100 000 F. pour que la Commission puisse statuer.

(68) Sous la présidence du trésorier-payeur général, la Commission comprend : le directeur départemental des impôts, le directeur régional de la sécurité sociale et le directeur de l'URSSAF.

(69) La Commission peut aussi se saisir d'office.

99 - Lors de l'élaboration du premier plan de lutte contre l'inflation en 1974, et pour accompagner les restrictions apportées au crédit qu'il contenait, un Arrêté du ministre des finances du 9 juillet 1974 a institué les Comités départementaux d'aides aux entreprises en difficulté (70).

Ils comprennent, en plus des personnes membres de la Commission créée en 1963, le directeur de la concurrence et de la consommation, et le directeur local de la Banque de France. Leur rôle ne se réduit pas à accorder des délais de courte durée pour le paiement des taxes et cotisations, mais aussi à favoriser le financement des entreprises viables par l'attribution de subventions du Fonds de développement économique et social. Le Comité peut faire accélérer le paiement des dettes publiques et transmettre certains dossiers au Comité interministériel pour l'aménagement des structures industrielles (C.I.A.S.I.) (71).

100 - Deux Circulaires du ministre des finances, des 18 juillet et 21 octobre 1977, ont accentué la double mission de ces Comités et précisé plus nettement leurs modes de fonctionnement. Désormais appelés Comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises (C.O.D.E.F.I.) (72), ils sont composés des mêmes personnes que précédemment, avec en plus un représentant du préfet, qui peut apporter des renseignements sur le contexte économique général. Les Comités peuvent aussi s'informer auprès des directeurs départementaux du travail et de la main-d'oeuvre et des commissaires à l'industrialisation.

A la demande du débiteur, ou en se saisissant d'office, les C.O.D.E.F.I. procèdent à une analyse détaillée de la situation économique et financière de l'entreprise, en s'aidant généralement des techniques modernes des ratios (73) et des informations plus générales qu'ils peuvent recueillir, afin de réserver les mesures qu'ils accordent aux seules entreprises qui sont encore viables.

Ils ont un rôle d'information et d'orientation à l'égard des financements possibles pour les P.M.E. et la possibilité de leur accorder directe-

(70) encore nommées « Commissions Fourcade », ou « Infirmeries Fourcade », du nom du Ministre des finances qui en a été l'auteur ; cf. C. Hudin, *Intervention des pouvoirs publics et des organismes para-publics*, Colloque de mai 1976, préc., p. 394.

(71) créé par un Arrêté du 28 novembre 1974 ; cf. infra n° 362

(72) M. Bancarel, art. préc., p. 54 ; D. Tardieu-Naudet, *Les C.O.D.E.F.I. : un exemple d'intervention des pouvoirs publics en faveur des entreprises en difficulté*, J.C.P. 1978, éd. C.I., II, 12823 ; J. Funel, *Les entreprises en difficulté : quelques observations sur les interventions de l'Etat*, Droit Social 1978 n° spécial préc., p. 17

(73) cf. supra n° 55

ment des prêts (74), ou provoquer l'accélération du règlement des dettes publiques (75). Ils peuvent surtout consentir des délais de paiement pour les dettes fiscales et para-fiscales : un plan d'apurement de ce passif est établi (76) et, s'il est respecté, la pratique des C.O.D.E.F.I. montre que les organismes créanciers suppriment d'une manière générale les pénalités de retard (77).

A la différence de l'octroi de délais par les administrations isolément, les Comités recherchent les causes des difficultés que connaît l'entreprise, envisagent les solutions possibles, peuvent fournir une partie des moyens de financement nécessaires et réservent ainsi ces moratoires aux entreprises considérées comme encore viables économiquement.

101 – En dépit de leur efficacité, ces Commissions et Comités ont fait l'objet de critiques, en particulier (78), dès 1968, H. Desbois écrivait :

(74) Rép. Min. n° 13964, J.O. Déb. Ass. Nat. 7 juillet 1979, p. 5976, Rép. Min. n° 17384, J.O. Déb. Ass. Nat. 15 septembre 1979, p. 7319, qui dresse un bilan détaillé du rôle des C.O.D.E.F.I. : ils ont retenu depuis leur origine 12 416 dossiers (dont 726 ont été transmis au C.I.A.S.I.), ont permis une solution locale dans 70 % des cas, correspondant à des octrois de délais fiscaux et para-fiscaux (63 % des cas), des interventions auprès des banques (21,5 % des cas), l'accélération du paiement des organismes publics et para-publics (19,5 % des cas) et à d'autres mesures (22 %). Depuis 1977, date à laquelle ils peuvent accorder certains prêts du F.D.E.S. : 185 prêts représentant plus de 38 millions de F. ont été accordés à des entreprises, pour plus de 11 800 emplois (Avis M. Rinchet, au nom de la Commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi de finances pour 1981, T.X., Aménagement du territoire, Sénat, n° 100, 19 novembre 1980, p. 23). Selon une réponse ministérielle (n° 42129, J.O. Déb. Ass. Nat., 6 avril 1981, 1530), les CODEFI ont réglé, en quatre ans, environ 7400 dossiers, concernant 860000 emplois, et pour les 570 cas dont l'importance nécessitait l'intervention du CIASI ce sont 305 000 emplois qui ont été sauvegardés.

(75) Dans le même temps, le paiement des dettes publiques était favorisé, en particulier par une réduction des délais de mandatement et l'octroi de paiement à titre d'avance par la Caisse Nationale des Marchés de l'Etat : Loi n° 78-13 du 4 janvier 1978, J.O. 5 janvier., p. 191 ; D. 1978, L. 76 ; Décret n° 79-291 du 3 avril 1979, J.O. 11 avril, p. 835 ; D. 1979, L. 171, J.C.P. 1979, III, 48443 ; la Loi n° 79-566 du 6 juillet 1979, J.O. 7 juil., p. 1645, D. 1979, L. 251, D. 79-999 et D. 79-1000 du 27 novembre 1979, J.O. 28 novembre 1979, p. 2938, D. 1980, L. 5, a étendu aux marchés des collectivités locales la procédure simplifiée de la loi du 4 janvier 1978 ; Rép. Min. n° 22882, J.O. Déb. Ass. Nat., 25 février 1980, p. 716.

(76) il est même indispensable lorsque l'entreprise en difficulté est reprise par des personnes qui demandent à bénéficier des avantages fiscaux réservés à la création d'une société nouvelle ; cf. arrêté du 15 juin 1979, cité et étudié infra n° 230.

(77) D. Tardieu-Naudet, art. préc., n° 12.

(78) H. Desbois, La réforme de la faillite et le privilège des salariés, Droit Social 1968, p. 230.

A propos de la procédure instituée en 1963, R. Ithurbide écrivait : « Ces moyens sont assez scandaleux. En somme, on accordait un concordat discret à un débiteur tout en conservant un privilège en cas de jugement consacrant la cessation des paiements ». Histoire critique de la Faillite, L.G.D.J., 1973, p. 366.

« ainsi au mécanisme de la faillite, prévu par le Code, les administrations fiscales et para-fiscales privilégiées ont purement et simplement substitué, à leur seul profit, une procédure de concordat amiable qui se déroule en dehors de tout contrôle judiciaire dans une parfaite clandestinité », et Monsieur Hudin (79), en 1976, pouvait déplorer l'augmentation du passif privilégié du Trésor et de la Sécurité Sociale résultant de ces délais qu'il constatait lors de l'ouverture d'une procédure collective.

102 – Deux observations peuvent cependant être faites : en premier lieu, les délais de paiement accordés par ces Comités ne concernent que les dettes fiscales et para-fiscales, qui conservent leur caractère privilégié, et il ne peut s'agir d'un concordat amiable (80), réalisé seulement par l'accord de la totalité des créanciers, mais plutôt de traités particuliers avec certains d'entre eux. Le danger de ces moratoires pour les créanciers chirographaires est important en raison de l'absence de publicité suffisante et de l'apparente solvabilité qu'ils procurent à l'entreprise. En second lieu, la souplesse et la rapidité d'intervention de ces Comités ne peut compenser leurs défauts structurels. La procédure à suivre n'est pas précisée et le contrôle de la situation réelle de l'entreprise dépend des seuls Comités, qui sont juges et parties. Si la recherche des moyens permettant d'assurer la survie des entreprises viables, grâce à des délais de paiement et des aides financières, est positive, est-il justifié que cette mission soit exercée discrétionnairement par quelques hauts fonctionnaires, sans aucune des garanties offertes par les procédures judiciaires, et sans qu'un plan d'apurement de la totalité du passif de l'entreprise soit élaboré ?

Le principe de l'égalité devant les charges publiques, tout comme celui de la libre concurrence peuvent sans doute s'accommoder d'un interventionnisme étatique, mais il conviendrait peut-être d'en fixer objectivement les conditions et les limites.

103 – C'est en tout cas la première fois que l'État-banquier (81) essaie d'instituer une procédure visant à accorder des délais de paiement en matière fiscale et para-fiscale aux entreprises en difficulté, après avoir analysé les chances d'opérer leur redressement et en donnant à un tel organisme les moyens financiers de favoriser directement ce renfouement. Ce

(79) C. Hudin, art. préc., p. 396.

(80) cf. *infra* n° 127 et s.

(81) A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, T. IV, L'administration de l'économie, 3^e éd., 1977, L.G.D.J., n° 30 et s.

regroupement, au sein d'un organisme unique (82) de cette double mission préventive et curative permet de prendre en compte l'ensemble des intérêts en cause, qu'il s'agisse de ceux de l'entreprise elle-même ou de ceux de la collectivité régionale ou nationale. Il montre le lien structurel existant entre ces deux fonctions et la nécessité, perçue par les gouvernants, de chercher en même temps à prévenir et à guérir les difficultés.

104 – Mais si l'entreprise en difficulté peut essayer d'obtenir des délais de paiement auprès des administrations créancières, elle a souvent recours aux formes d'avances et de crédits que peuvent lui consentir les banques.

III. LES CREDITS BANCAIRES

105 - Parmi les techniques ayant un caractère conjoncturel, les crédits bancaires constituent une nouvelle source de mesures dilatoires. Il ne s'agit pas des crédits à moyen ou à long terme, généralement consentis par des établissements spécialisés (83) pour les derniers, qui servent à effectuer des investissements que la carence ou l'insuffisance de l'auto-financement et de fonds propres (84) ne permettent pas de réaliser. Les crédits à court terme alimentent le fonds de roulement de l'entreprise et ne devraient en principe revêtir qu'un caractère conjoncturel ou saisonnier. Ce besoin de fonds de roulement se définit comme la différence entre besoins courants (85) et ressources courantes d'exploitation (86) et l'entreprise devrait pouvoir normalement assurer elle-même sa trésorerie.

(82) sous réserve de la transmission des dossiers les plus importants au C.I.A.S.I. Reprenant l'idée d'une Agence chargée d'assister les entreprises émise par le Rapport Sudreau (préc., p. 140 ; cf. R. Brunois, Les entreprises en difficulté. Les solutions préconisées par le Comité d'études présidé par M. Sudreau et leur influence sur l'évolution de la législation, Etudes P. Azard, préc., p. 47, n° 8 et s.), la proposition de loi de MM. J.M. Daillet... (Ass. Nat. n° 1460, 4 décembre 1979) suggère l'institution d'une « agence départementale des entreprises commerciales et industrielles » afin de venir en aide aux entreprises, jouer le rôle d'expert... Cette Agence comprendrait les membres des actuels C.O.D.E.F.I., des représentants des collectivités locales, des personnalités du monde industriel, commercial et syndical.

(83) tels que le Crédit National, la Caisse Centrale de crédit hôtelier, les Sociétés de développement régional, ainsi que les organismes étatiques spécialisés. cf. infra n° 357.

(84) J. Stoufflet, note sous Orléans 26 octobre 1971, J.C.P. 1972, II, 17082.

(85) stocks, crédits clients avant escompte et autres valeurs réalisables.

(86) crédits fournisseurs et autres valeurs exigibles.

106 - Pourtant, de plus en plus fréquemment, la structure financière des entreprises ne leur permet pas de vivre sans un recours permanent au crédit à court terme, plus spécialement celui consenti par les banques (87), dont le coût est élevé en frais financiers (88) et accompagné de la constitution de sûretés (89). Parfois, ces frais sont réglés par une augmentation du découvert, au lieu de l'être par une trésorerie liquide et exigible (90). Dans une large mesure, sous réserve des mesures prises par les pouvoirs publics pour limiter ou « encadrer » le crédit, les banques détiennent la clef du crédit (91) et l'on a même pu dire qu'elles étaient devenues, en fait, les « commanditaires » des entreprises (92).

Cette situation, fort éloignée des principes classiques de la gestion financière, fait de la banque l'arbitre de la poursuite ou de la cessation de l'activité de l'entreprise. Dès lors qu'elle cesse d'accorder de nouveaux découverts, la situation financière fortement dégradée qui était masquée par les crédits antérieurs se révèle et il est généralement inévitable de constater un état de cessation des paiements et ses conséquences judiciaires.

107 - Mais, en plus de ces effets sur la survie même de l'entreprise, le crédit bancaire peut induire en erreur les tiers sur la solvabilité réelle de l'entreprise avec laquelle ils traitent. Le banquier décerne une sorte de « bre-

(87) le crédit à court terme peut être utilisé pour le financement d'investissements, avec l'assentiment du banquier : C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit de la Banque*, P.U.F., coll. Thémis, 1974, n° 449.

Le recours au système bancaire a connu une progression de 9 % en moyenne. Globalement les capitaux empruntés ne représentent plus en 1979 qu'environ la moitié des ressources propres au lieu de près des deux tiers en 1977 (Etude de la Centrale des bilans de la Banque de France, *Bull. de la Banque de France*, décembre 1980).

(88) cf. Avis concernant l'application de l'article 1 de la loi du 28 décembre 1966 relative à l'usure, donnant les taux effectifs moyens pratiqués par les banques et établissements financiers, J.O. 1 avril 1981, p. 913, D. 1981, L. 173, J.C.P. 1981, III, 51194 ; Paris 4 mai 1979, Banque 1979, 982, note L.M. Martin ; Rapport du groupe de réflexion, présidé par J. Mayoux, Le développement des initiatives financières locales et régionales. La Documentation Française, 1979, p.89 et Annexe n° 18 : Recherches sur le coût du crédit à court terme dans les P.M.I., p. 255.

(89) L'article 13 du projet de loi n° 974, préc. supra n° 53, oblige la banque qui a accordé un concours financier sous réserve d'un cautionnement par une personne physique à faire connaître à ce tiers dans les 4 mois de chaque fin d'exercice le montant en principal, intérêts et frais restant à courir.

(90) J. Guillou, Fonds de roulement et besoins en fonds de roulement, Banque 1979, p. 346.

(91) F. Derrida et J.P. Sortais, note sous Com. 7 janvier 1976, D. 1976, 277, n° 30.

(92) Cl. Pierre-Brossolette, La banque à l'horizon des années 80, Banque 1979, 713.

vet de moralité » (93) qui incite les tiers à accorder leur confiance à l'entreprise, les professionnels de la banque étant réputés prudents. La place privilégiée qui est la leur leur impose de ne pas égarer les tiers, de même qu'elles ne doivent pas favoriser la survie artificielle d'une exploitation sans issue, sous peine de voir leur responsabilité engagée par la suite et surtout de provoquer un dommage certain à l'entreprise, à ses créanciers et aussi à l'économie locale ou régionale.

108 – Le banquier n'est pas seulement un marchand de crédit (94), n'ayant à prendre en compte que ses propres intérêts, parmi lesquels le plus essentiel est de s'assurer du remboursement de prêts qu'il consent ; il est aussi d'une certaine manière le gardien de la sécurité des affaires.

Ses obligations et son rôle ont imprimé aux contrats bancaires un particularisme certain (95) notamment en matière de crédit (96), au point que pour certains auteurs le banquier est investi d'une mission de service public dans la distribution du crédit (97). Au sens exact des mots, la formule ne peut être retenue (98), mais elle a le mérite de mettre l'accent sur cette mission d'intérêt général qui est la sienne. Peu de contractants ont à la fois autant de pouvoirs et de devoirs vis-à-vis de l'autre partie et des tiers et cela donne la mesure de l'étendue de la responsabilité des banques.

(93) J. Stoufflet, L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? J.C.P. 1965, D., 1882, n° 18.

(94) pour l'évolution historique de l'activité bancaire, cf. P. Didier, *Droit commercial*, T. 1, P.U.F., coll. Thémis, 1970, p. 174.

(95) J. Stoufflet, Le particularisme des contrats bancaires, *Mélanges A. Jauffret*, Aix-Marseille, 1974, 635 ; on peut rappeler aussi l'évolution jurisprudentielle et législative des pouvoirs du banquier lors de l'ouverture d'un compte et son rôle dans la prévention et la répression des chèques sans provision.

(96) Le contrat de prêt, tel qu'il est réglementé par les articles 1892 et suivants du Code civil est peu adapté aux nombreux moyens techniques utilisés pour consentir un crédit bancaire, et la doctrine a dû recourir à la promesse unilatérale de prêt, ou noter que la convention d'ouverture de crédit est une convention-cadre, pour préciser la nature juridique de certaines opérations ; en ce domaine, comme dans celui du mandat, par exemple, les nécessités de la vie des affaires et l'inadaptation de certaines règles du code civil aux besoins spécifiques du commerce ont conduit à diverses transformations des structures de base.

(97) R. Houin, obs. *Rev. trim. dr. com.* 1955, 105, et 1964, 164 ; M. Cabrillac, Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit commercial français, *Trav. Ass. H. Capitant*, T. XXII, Dalloz, 1970, p. 153 et s., spéc., p. 160.

(98) J. Vézian, La responsabilité du banquier en droit français, préf. M. Cabrillac, *Bibl. de droit de l'entreprise*, Lib. Techn., 2^e éd., 1977, n° 172 ; J. Vézian, *Juris-Cl. Com., Banques*, Fasc. 8, 3^e cahier, 1977.

109 – La large publicité faite aux actions en responsabilité engagées contre les banques ayant dispensé des crédits aux entreprises en difficulté (99), par les autres créanciers (100), par une caution (101), par le crédité lui-même (102) ou par le syndic (103) ne doit pas laisser supposer que le régime de leur responsabilité est plus sévère : il est fait application du droit commun des articles 1 382 et 1 383 du Code civil (104).

Il s'agit seulement d'une responsabilité professionnelle (105) à propos de laquelle il n'est pas aisé de déterminer la notion de faute et moins encore le lien de causalité existant avec le préjudice prétendument subi.

(99) cf. les travaux du Colloque de l'Association Droit et Commerce, 7-8 mai 1977 : Rôle et responsabilité des banques, *Rev. Jurisp. Com.* 1977, n° spécial, p. 253, et du Colloque organisé par l'Université de Paris I, 10-11 février 1977 : Responsabilité professionnelle du banquier, contribution à la protection des clients de banque, préf. P. Marcilhacy, éd. Economica, 1978.

(100) cf. les différentes hypothèses d'actions introduites par les créanciers : C. Gavalda et J. Stoufflet, note sous Paris 19 février 1979, *J.C.P.* 1979, II, 19172, et Banque 1979, 668, note L.M. Martin, *D.* 1979, I.R., 361, obs. M. Vasseur, *D.* 1979, I.R., 371, obs. F. Derrida, *Rev. Jurisp. Com.* 1980, p. 95, note P. de Fontbressin, *Rev. trim. dr. com.* 1980, 125, obs. M. Cabrillac et J.L. Rives-Lange.

(101) Chambéry 21 janvier 1980, Banque 1980, p. 638, note L.M. Martin, *D.* 1980, I.R., 384, obs. M. Vasseur. Pour la question de l'application de l'article 2037 C. civ., cf. note F. Derrida sous Aix-en-Provence 31 mars 1978, *Rev. Jurisp. Com.* 1979, 28 (le pourvoi a été rejeté par Ch. Com. 22 avril 1980, *D.* 1981, I.R., 1, obs. F. Derrida, *D.* 1981, I.R. 22, obs. M. Vasseur) et obs. M. Vasseur sous Aix-en-Provence 13 février 1979, *D.* 1980, I.R. 384.

(102) Aix-en-Provence 31 juillet 1975, *D.* 1979, I.R., 1, obs. F. Derrida, C. Gavalda et J. Stoufflet, *Chr. de droit bancaire*, *J.C.P.* 1979, D, 2965, n° 71.

(103) En particulier depuis le revirement de jurisprudence intervenu à propos de l'une de ces actions en responsabilité introduite contre une banque, admettant la recevabilité de l'action du syndic contre elle, bien qu'elle soit créancière dans la masse : aff. Laroche, *Com.* 7 janvier 1976, *D.* 1977, 277, note F. Derrida et J.P. Sortais, *J.C.P.* 1976, II, 18327, note C. Gavalda et J. Stoufflet, Banque 1976, 560, obs. L.M. Martin, *Rev. Jurisp. Com.* 1976, 401, note A. Brunet, *Rev. trim. dr. com.* 1976, 171, obs. M. Cabrillac et J.L. Rives-Lange, C. Gavalda et J. Stoufflet, *Chr. de droit bancaire*, *J.C.P.* 1976, D., 2801, n° 35 ; Rapport de la Cour de cassation 1976-1977, Doc. Française, p. 77, J. Ghestin, La prophétie réalisée, *J.C.P.* 1976, D, 2786, M. Vasseur, La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit aux entreprises en difficulté, Banque 1978, 3^e éd. ; *adde* : *Com.* 24 janvier 1978, *D.* 1978, 189, note A. Honorat, Banque 1978, 655, obs. L.M. Martin, C. Gavalda et J. Stoufflet, *Chr. de droit bancaire*, *J.C.P.* 1979, D, 2965, n° 66 ; *Com.* 3 janvier 1979, *Bull. IV*, n° 3, p. 2, *D.* 1979, I.R., 372, obs. F. Derrida, *D.* 1980, I.R., 52, obs. M. Vasseur, *Rev. Jurisp. Com.* 1980, 95, note P. de Fontbressin, *Rev. trim. dr. com.* 1980, 125, obs. M. Cabrillac et J.L. Rives-Lange.

(104) Aix-en-Provence 31 mars 1978, *Rev. Jurisp. Com.* 1979, 28, note F. Derrida, n° 7 ; *Com.* 24 janvier 1978, *Rev. Soc.* 1978, 298, et *D.* 1978, 189, note A. Honorat.

(105) C. Gavalda, *Juris-Cl. Com.*, Banque, Fasc. 30, 2^e cahier, 1977, n° 96 (opérations de crédit).

Le droit positif admet la responsabilité de tous ceux qui ont concouru plus ou moins directement, par leurs négligences ou leurs fautes, à l'aggravation du passif de l'entreprise. La jurisprudence reste stricte dans l'appréciation de la faute de la banque et ne met tout ou partie du passif à sa charge qu'après avoir relevé des fautes sérieuses, pour ne pas dire très lourdes (106), voire des actes de complicité d'infractions pénales imputables à certains de ses préposés (107).

Au travers de cette jurisprudence relative à la responsabilité des banques on peut étudier les devoirs qui sont les leurs (108) et le rôle exact joué par les crédits accordés. L'opération de crédit a une nature contractuelle et elle est le plus souvent négociée entre les parties et s'accompagne fréquemment de l'octroi de sûretés personnelles ou réelles par le client. L'importance de l'*intuitus personae* en ce domaine, ainsi que le devoir du banquier de vérifier la « dignité de crédit » (109) du chef d'entreprise et de l'entreprise elle-même, sont essentiels.

110 – Il convient ainsi d'analyser le rôle dévolu à ces crédits à court terme : conçus comme un moyen dilatoire permettant de faire face à une échéance difficile, ou de mobiliser certaines créances, ils ne requièrent

(106) On a pu parler d'un « soutien démesuré, ahurissant » à propos d'avances bancaires excessives : F. Derrida, obs. sous Com. 4 novembre 1977, D. 1979, I.R., 1, Rev. trim. dr. com. 1978, 151, obs. M. Cabrillac et J.L. Rives-Lange ; cf. aussi : Com. 5 décembre 1978, J.C.P. 1979, II, 19132, note J. Stoufflet, D. 1979, I.R., 138, obs. M. Vasseur, Nîmes 5 décembre 1977, Paris 19 juin 1978, Rev. Jurisp. Com. 1979, 253, note Nguyen Xuan Chanh., C. Gavalda, J. Stoufflet, Chr. de droit bancaire, J.C.P. 1979, D, 2965, n° 69. Il convient de rappeler que la faute, au sens de l'art. 1382, peut être légère, contrairement aux affirmations inexactes de quelques juridictions, comme Rennes 17 juin 1977, D. 1977, I.R., 449, obs. M. Vasseur, C. Gavalda et J. Stoufflet, Chr. de droit bancaire, J.C.P. 1978, D, 2902, n° 48, et Trib. com. Nantes 14 décembre 1978, Rev. Jurisp. Com 1979, 186, qui exigent que la « faute soit précise, concrète, lourde » ; *adde* : D. Martin, Le diagnostic d'entreprise, critère de responsabilité judiciaire, Rev. trim. dr. com. 1979, 187, n° 4 ; F. Derrida, Le crédit et le droit des procédures collectives, Mélanges R. Rodière préc. n° 5 et note 38 ; Trib. Com. Nice 5 juin 1979, D. 1979, 627, note A. Honorat.

(107) Crim. 13 mars 1978, Bull. n° 91, Gaz. Pal. 1979, I, Som., 45, Rev. trim. dr. com. 1979, 138, obs. M. Cabrillac et J.L. Rives-Lange, et même Revue 1979, 330, obs. P. Bouzat, qui retient un cas de complicité de banqueroute à l'encontre des responsables locaux d'une banque qui avaient fait des suggestions à leur client pour retarder le dépôt de son bilan, afin de réduire son découvert bancaire et avant de mettre fin à leur concours ; cf. C. Gavalda, La responsabilité civile et pénale du fait des préposés de banque, Colloque de Paris I, préc., p. 53 ; Y. Reinhard, L'acte du salarié et la responsabilité pénale du chef d'entreprise, thèse, dactyl., Lyon, 1974, cf. Paris 9 octobre 1980, Banque 1981, 100, obs. L.M. Martin, qui ne retient pas à l'encontre d'une banque l'incrimination de complicité de banqueroute simple par fourniture de moyens ruineux.

(108) J. Stoufflet, Devoirs et responsabilité des banques à l'occasion de la distribution du crédit, Colloque de Paris I, préc., p. 21 et s.

(109) J. Stoufflet, L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? préc., n° 28.

qu'une vigilance normale de la part du banquier pour déjouer certaines fraudes ou opérations de cavalerie. Si, en revanche, on les analyse comme des éléments de la gestion financière de l'entreprise, en raison de leur importance, de leur durée, ou de la gravité des difficultés que connaît l'entreprise, ils revêtent un rôle différent de celui d'une simple anticipation sur des encaissements à venir et imposent une étude extrêmement attentive.

111 – En dehors des cas de cessation des paiements évidente ou de la simple difficulté passagère de trésorerie, les divers crédits bancaires à court terme semblent de plus en plus souvent constituer un élément d'un plan plus général de redressement, dont le banquier doit tenir compte. Afin d'éviter les risques d'une véritable ingérence dans la gestion de l'entreprise, et ses conséquences (110), la banque doit rester le directeur de conscience économique de son client (111), c'est-à-dire mesurer son concours à la situation économique et financière de l'entreprise, au sérieux de ses dirigeants et à la situation générale (112). Le recours permanent et généralisé au crédit bancaire, qui caractérise souvent la situation de nombre d'entreprises, incite à analyser le rôle exact des crédits à court terme. On constate qu'ils ne se limitent pas à prévenir l'aggravation des difficultés de l'entreprise, et que leur fonction curative n'est pas négligeable.

Dans le même temps, une évolution se dessine en pratique dans l'exercice des missions classiques dévolues aux banques. Il est question de développer le rôle du banquier principal de l'entreprise en le chargeant de la gestion d'un crédit global d'exploitation. La dualité de fonctions de cette technique de redressement des entreprises en difficulté apparaîtrait alors dans toute sa réalité.

A. Le rôle du crédit bancaire à court terme

112 – Le crédit à court terme se caractérise par sa souplesse, sa précarité comme en témoigne l'imprécision de la terminologie utilisée en ce domaine (113) : découvert, avances en comptes, tolérances, facilités de cais-

(110) avec le risque d'être qualifié de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, ou d'associé d'une société créée de fait, si les autres conditions en sont réunies.

(111) J. Hémar, *Les effets de complaisance*, thèse, Paris, 1900, p. 136.

(112) Les banques utilisent de plus en plus fréquemment les techniques les plus modernes de connaissance et de détection des difficultés des entreprises (cf. supra n° 51 et s.) : indices, ratios, continuité d'exploitation, et plus récemment la méthode de l'analyse discriminante. Leur généralisation permettra de mesurer efficacement la « dignité » de crédit de l'entreprise, de limiter les risques pris par les banques et de conseiller certaines mesures de redressement dès l'apparition des premières difficultés sérieuses.

(113) J. Stoufflet, note sous Orléans 26 octobre 1971, J.C.P. 1972, II, 17082.

se... Ces opérations manifestent une allergie à la formalisation, préférant la forme verbale, la banque ne souhaitant pas prendre d'engagement ferme ni sur les conditions, ni sur le coût, ni sur la durée du crédit (114) et le bénéficiaire espérant pouvoir l'utiliser au fur et à mesure de ses besoins, sans se voir imposer l'utilisation à date fixe de sommes prévues d'avance et portant intérêt. Ces facilités consistent ou bien en des avances, permettant de laisser un compte débiteur, ou bien en des crédits sur mobilisation de créances.

113 – Il peut y avoir un engagement formel, nommé ouverture de crédit et analysé comme une promesse de prêt, un avant-contrat (115), le crédit se réalisant lors de son utilisation effective (116). Le contenu de l'ouverture de crédit est généralement précisé, en particulier pour son montant, son coût, sa durée et les garanties qui l'accompagnent éventuellement (117). Cette faculté de crédit est souvent utilisable à nouveau après remboursement, en cas d'escompte, d'affacturage ou de découvert en compte courant ; il est alors dit « revolving ».

L'ouverture de crédit peut être conclue pour une durée indéterminée, permettant à chacune des parties d'y mettre fin unilatéralement ; on admet, et cela tend à devenir la règle dans les contrats à durée indéterminée (118), la nécessité d'un préavis, dont le non-respect entraîne la responsabilité de la banque (119). Si elle est à durée déterminée, la force de l'*intui-*

(114) On considère que le banquier qui tolère des soldes débiteurs pendant une durée plus ou moins longue est lié par une véritable ouverture de crédit et responsable en cas de rupture brutale : Com. 8 mai 1978, D. 1979, I.R., 141, obs. M. Vasseur, Rev. trim. dr. com. 1979, 134, obs. M. Cabrillac et J.L. Rives-Lange, Paris 7 mai 1979, D. 1979, I.R., 357, obs. M. Vasseur.

(115) C. Galvada et J. Stoufflet, Droit de la banque, préc., n° 423.

(116) Juris-Cl. Com., Banque, Fasc. 31, 1974, n° 12, M. Seropian ; P. Didier, Monnaie de compte et compte bancaire, Mélanges J. Flour, 1979, p. 140, spéc., p. 144-145.

(117) voir par ex. : Com. 5 mars 1979, D. 1980, I.R., 213, obs. M. Vasseur.

(118) J. Azéma, La durée des contrats successifs, préf. R. Nerson, L.G.D.J., Bibl. de droit privé, 1969, n° 184 et 228.

(119) Aix-en-Provence 31 mars 1978, Rev. Jurisp. Com. 1979, 28, note F. Derrida, Rev. trim. dr. com. 1978, 148, obs. M. Cabrillac et J.L. Rives-Lange, (cf. supra note 101), Ripert et Roblot, Traité élém. de dr. com., T. II, préc., n° 2380, J.C. Bousquet, L'entreprise et les Banques, Coll. Droit et gestion, 1977, Lib. Techniques, n° 72, M. Vasseur, Droit et économie bancaires, 2^e éd., 1979-1980, p. 392 et s., Les Cours de Droit, Paris. Pour engager la responsabilité d'une banque ayant dénoncé unilatéralement une ouverture de crédit sans préavis formel, il faut démontrer le préjudice causé au client (Com. 6 mars 1978, D. 1979, I.R., 362, obs. M. Vasseur) et en l'absence d'engagement ferme du banquier le client ne peut se plaindre du refus de renouvellement d'un crédit accordé exceptionnellement dans le passé (Trib. Com. Paris 15 janvier 1979, D. 1980, I.R., 12, obs. M. Vasseur) ; cf. Paris 16 mai 1980, Banque 1980, 1444, obs. L.M. Martin D. 1981, I.R. 21, obs. M. Vasseur : la cessation des crédits n'est pas brutale lorsqu'elle a été précédée d'avertissements par lettre et de la communication au débiteur des rapports de services techniques de l'une des banques.

tus personae (120) qui caractérise les opérations de crédit permet au banquier de résilier sa promesse dès lors que le comportement du crédité ou sa situation ne justifie plus la confiance qu'il avait placée en lui.

114 – Cette condition primordiale de confiance suppose de la part du banquier une information précise, dont il trouve les éléments dans sa connaissance personnelle des dirigeants de l'entreprise, l'analyse des bilans, des comptes, et les informations recueillies auprès des autres établissements financiers (121), du statut juridique, de l'environnement économique et dans les réponses qu'il obtient aux questions qu'il pose au demandeur de crédit. Il peut alors déterminer la dignité de crédit de l'entreprise, être informé de l'utilisation qui en est envisagée, aider son client à choisir entre les diverses formes de crédits selon les objectifs à atteindre. Il est fréquent qu'il soit conduit à étudier avec les dirigeants, à leur demande, un véritable plan de redressement, une réorganisation de l'entreprise, qu'il propose la nomination de tel ou tel gestionnaire à un poste de direction, ou qu'il facilite des opérations de fusion ou de prise de contrôle. Dans ces dernières hypothèses, les crédits à court terme ne suffiront généralement pas et il est incontestable que les banques jouent un rôle important de conseil, d'information et qu'elles sont omniprésentes dans les activités des entreprises (122).

115 – Mais si l'entreprise connaît des difficultés d'une réelle gravité, et pas seulement des problèmes temporaires de trésorerie, la participation de la banque à de telles opérations et l'aide financière apportée soulèvent un certain nombre de questions. A-t-elle, en raison des informations dont elle dispose, ou devrait disposer, le devoir de refuser son concours et de considérer qu'elle n'a pas à participer au sauvetage de l'entreprise ? Ou bien peut-elle prendre un certain nombre de risques, dont celui de ne pas recouvrer sa créance, avec la crainte, en cas d'échec, de se voir reprocher d'avoir provoqué la survie artificielle de l'entreprise ? Les réponses à donner à ces questions dépendent à l'évidence de la situation de fait telle qu'elle se présente. La banque qui consent des découverts et des crédits

(120) L'intuitus personae justifie que le jugement ouvrant une procédure collective mette fin immédiatement à l'ouverture de crédit : note F. Derrida sous Nîmes 23 avril 1975, D. 1976, 49.

(121) voir la liste détaillée des nombreux moyens d'information dont dispose le banquier : J. Stoufflet, Devoirs et responsabilité du banquier..., préc., p. 25 et s.

(122) M. Vasseur, rapport de synthèse, Colloque sur le rôle et la responsabilité des banques, préc., p. 374 ; G. Hermet, Les banques et les M.P.I. (moyennes et petites industries) : un marketing à construire, Banque 1979, 351 ; A. Couret, Le nouveau visage du Crédit Agricole, renonciation ou approfondissement, Banque 1979, 721.

d'escompte élevés à une société en difficulté en sachant que la situation est sans issue (123) ou qui octroie des avances excessives à un client en état connu, ou devant l'être, de cessation des paiements (124) prend pour le moins un risque sérieux vis-à-vis des autres créanciers ou du crédité lui-même.

La difficulté réside dans la détermination du seuil de gravité de la situation (125) au-delà duquel l'aide bancaire peut être considérée comme fautive. Les quelques exemples jurisprudentiels ayant retenu la responsabilité délictuelle de la banque font référence à l'état de cessation des paiements, dont il convient de rappeler l'imprécision (126), qui n'est qu'une condition d'ouverture d'une procédure collective, et semble peu adaptée pour apprécier la faute éventuelle du dispensateur de crédit. Il faut l'accumulation de fautes assez peu courantes pour qu'un banquier consente des crédits en connaissant l'extrême gravité de la situation de l'entreprise (127), ou un comportement « suicidaire ».

116 – C'est en-deçà de cette situation que le problème se pose réellement, et il ne semble pouvoir être résolu qu'en déterminant le rôle joué par le crédit accordé.

Selon la conception généralement admise, le banquier a l'obligation de ne pas s'immiscer dans la gestion de l'entreprise, qui relève des seuls

(123) Com. 5 décembre 1978, J.C.P. 1979, II, 19132, note J. Stoufflet, D. 1979, I.R., 138, obs. M. Vasseur, Banque 1979, 1109, note L.M. Martin. ~

(124) Com. 4 novembre 1977, D. 1979, I.R., 1, obs. F. Derrida, préc., Paris 21 septembre 1978, J.C.P. 1979, éd. N, n° 7174, obs. M. Cabrillac et J. Argenson ; Nîmes 5 décembre 1977, préc., Paris 19 juin 1978, préc. p. 260 selon lequel : « compte tenu des connaissances particulières des banquiers en matière financière et comptable et des éléments comptables, bilans, compte d'exploitation... qu'elle doit pour leur propre garantie exiger de ses clients, (la banque) n'a pu ignorer la situation exacte de l'entreprise » ; Paris 19 février 1979, préc., qui ordonne une expertise pour déterminer la date de la situation financière définitivement compromise et à quel moment la banque a su ou aurait dû savoir que sa cliente était dans une telle situation.

Après avoir découvert les irrégularités pratiquées par son client et l'état alarmant de sa situation financière, la banque aurait dû cesser très rapidement ses relations avec lui. En ne le faisant pas elle a laissé croire aux tiers qu'elle soutenait son crédit, alors qu'elle ne lui en faisait aucun (Aix-en-Provence 23 février 1979 - 3° esp. - D. 1980, I.R., 286, obs. F. Derrida). Un expert est désigné afin de rechercher le préjudice résultant **uniquement** de l'aggravation de la situation du débiteur et non de toutes les conséquences de l'état de cessation des paiements. *adde* à propos de l'expertise : obs. M. Vasseur ; D. 1981, I.R. 24.

(125) ou « point de non-retour », selon C. Gavalda et J. Stoufflet, note préc. sous Paris 19 février 1979, n°10.

(126) cf. supra n°35 et s.

(127) cf. supra n°109, et voir la liste des « risques interdits » : J. Stoufflet, Devoirs et responsabilité du banquier, préc., p. 33 : note A. Honorat sous Trib. Com. Nice 5 Juin 1979, D. 1979, 627.

dirigeants, et il n'a aucun devoir général de conseil (128) : tout au plus lui reconnaît-on un devoir d'information (129). Sous réserve de son caractère normal et point trop excessif dans son montant ou dans celui des frais financiers, le crédit est accordé, renouvelé ou refusé sur le fondement des informations dont dispose la banque et la force de l'*intuitus personae* lui permet d'y mettre fin unilatéralement.

Ainsi la banque conserve-t-elle pour seule mission celle de dispenser des crédits dans des conditions jugées normales eu égard à la situation du crédit et à l'importance du concours. Cela ne signifie pas qu'elle n'ait pas le pouvoir de participer plus activement à l'opération qui se concrétise pour partie par une demande de crédit ; elle court le risque de sa propre erreur d'appréciation et surtout celui de voir l'entreprise ne pas faire un bon usage de ce crédit, sans qu'elle puisse intervenir, au moins pour les sommes déjà versées, puisqu'il est admis qu'elle n'a pas à veiller à ce que le crédit respecte la destination de ce crédit (130).

117 – En réalité, ce serait confondre pouvoirs et devoirs que de s'en tenir à cette présentation du principe de non-ingérence du banquier. L'immixtion et l'octroi de crédit ne sauraient être en eux-mêmes fautifs, tout comme l'arrêt d'un crédit ne constitue pas à lui seul l'état de cessation des paiements. La meilleure démonstration en est donnée par les espèces dans lesquelles on a tenté, en vain, d'assimiler le banquier à un dirigeant

(128) Il est peu fréquent, en droit français, qu'un professionnel n'ait pas un tel devoir de conseil ; il a cependant été admis dans certains cas en matière bancaire : Aix-en-Provence 6 Juin 1977, D. 1979, I.R., 137, obs. M. Vasseur, Com. 28 octobre 1974, J.C.P. 1976, II, 18251, note M. Boitard, D. 1976, 373, note T. Decamune, Rev. trim. dr. com. 1975, 343, obs. M. Cabrillac et J.L. Rives-Lange, et cité dans le Rapport de la Cour de cassation, préc., comme un arrêt important (il a retenu la responsabilité partielle d'une banque qui avait permis à un client des spéculations inconsidérées sans le renseigner suffisamment sur les risques encourus par lui) ; Nîmes 26 octobre 1977, D. 1978, I.R., 418, obs. M. Vasseur, Rev. trim. dr. com. 1978, 146, obs. M. Cabrillac et J.L. Rives-Lange, qui considère que lors de la remise à l'escompte le banquier a l'obligation de se renseigner sur la situation financière du tiré et d'en avertir le remettant ; Paris 23 juin 1977, Rev. Jurisp. Com. 1979, 176, note Y. Chartier. *adde* : Com. 9 juin 1980, D. 1981, I.R., 192, obs. M. Vasseur (la banque a, pour des raisons économiques, dans la limite du secret bancaire, une double obligation de prudence et de renseignement vis-à-vis de ses clients).

(129) M. Dizel, thèse, préc., n°396 et s.; contra : M. Vasseur, Colloque sur le rôle et la responsabilité du banquier, préc., p. 306 ; selon la Chambre commerciale (9 mai 1978, préc. supra n°9) la banque n'a pas un devoir d'information générale et systématique lorsque le client présente un bilan assorti du *satisfecit* du commissaire aux comptes, révélant une situation bénéficiaire.

(130) C.Gavalda et J.Stoufflet, Droit de la banque, préc., n°446 ; Com. 4 janvier 1974, Bull. IV, p. 4, n° 5, C. Gavalda et J. Stoufflet, Chr. de droit bancaire, J.C.P. 1976, D, 2801, n°48 ; Com. 9 mai 1978, préc. ; cf. cependant : Civ. 3° 15 février 1978, D. 1978, I.R., 416, obs. M. Vasseur, Rev. trim. dr. com. 1979, 293, obs. M. Cabrillac et J.L. Rives-Lange, et Trib. gr. inst. Strasbourg, 6 février 1979, D. 1979, I.R. 360, obs. M. Vasseur. Com. 18 novembre 1980, D. 1981, 210, note J. Stoufflet.

de fait sur le fondement de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967. Même lorsqu'elle a exercé un contrôle et une surveillance constante des fonds prêtés, imposé un processus de nature à en garantir le remboursement (131), participé au redressement et au plan de sauvetage (132), assisté aux réunions du comité de direction (133), elle n'est pas assimilée à un dirigeant de fait. Il faudrait pour cela qu'elle ait eu une « activité positive de direction exercée souverainement en toute liberté et indépendance » (134).

Tant qu'elle ne se substitue pas aux dirigeants, la banque peut donner des avis, des conseils et même participer activement à un plan de redressement sans craindre l'application de l'article 99 de la loi de 1967, mais avec le risque d'une action en responsabilité de droit commun.

118 – Un arrêt particulièrement important de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, en date du 9 mai 1978 (135), rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Paris du 6 janvier 1977 admet la légitimité de la participation d'une banque à un plan de redressement établi à une époque où la découverte des falsifications des bilans donnait la mesure de l'importance des pertes, au motif que le rétablissement était encore possible et que cette perspective n'a pu se réaliser qu'à la suite de l'obstruction de la famille du dirigeant.

(131) Paris 17 mars 1978, Banque 1978, 656, obs L.M. Martin, D. 1978, I.R., 420, obs. M. Vasseur.

(132) Com. 9 mai 1978, préc. ; voir les observations de M.P. Deweerdt, Les entreprises en difficulté. Les mercredis de la comptabilité, supplément à la Revue française de comptabilité 1977, n° 75, p. 11 et s., sur l'aide apportée par la banque dans la recherche de solutions économiques et financières aux difficultés des entreprises.

(133) Grenoble 11 juillet 1979, D. 1980, I.R., 215, obs. M. Vasseur.

(134) Nancy 15 décembre 1977, J.C.P. 1978, II 18912, note J. Stoufflet, qui a cependant retenu la responsabilité de la banque qui avait maintenu artificiellement en vie l'entreprise en connaissance de cause, sur le fondement de l'art. 1382 C. civ. ; Paris 3 mars 1978, D. 1978, I.R., 420, obs. M. Vasseur, qui admet, pour la première fois en Cour d'appel, qu'une banque ait la qualité de dirigeant de fait, par suite de sa participation au capital de l'entreprise et de la nomination qu'elle avait suggérée d'un gestionnaire ayant de larges pouvoirs de direction, mais la banque est exonérée de toute responsabilité au motif qu'elle a accompli les diligences requises des dirigeants sociaux ; *adde* : M. Vasseur, Le droit français (et spécialement l'article 99 de la loi de 1967) est-il un handicap pour l'apporteur de fonds propres, Banque 1979, p. 7, n° IX, p. 14 ; E. du Pontavice, Réflexions sur la mise en jeu de la responsabilité d'un commissaire aux comptes à l'occasion de la liquidation des biens de la société contrôlée (à propos du jugement rendu par le Tribunal de grande instance d'Auch le 23 mars 1977), Bull. Cons. Nat. Com. Comptes 1978, n°30, p. 193, spéc., p. 204 ; cf. supra n°6 les statistiques d'ensemble de l'application de l'article 99.

(135) arrêt préc. supra n°9 ; cf. Chambéry 21 janvier 1980, préc. supra n°109 et Grenoble 11 juillet 1979, préc., rejetant une action en responsabilité introduite par une caution.

Cette solution, approuvée par l'ensemble des auteurs, permet de considérer que si les crédits accordés constituent un élément d'un plan de sauvetage sérieux, et non pas un moyen de retarder le constat de la cessation des paiements, ils sont à l'abri de toute critique. Le rôle de l'ouverture de crédit, et ainsi de la banque, se trouve précisé et complété dans l'hypothèse extrême d'une entreprise acculée au dépôt de son bilan : le banquier n'est pas, dans ce cas, seulement un pourvoyeur de capitaux et les crédits qu'il consent n'ont pas seulement un objectif dilatoire, mais peuvent constituer un facteur de réussite du plan de redressement, auquel il a aussi apporté son aide. La prééminence est accordée à la recherche des moyens de survie de l'entreprise encore viable, ainsi que l'avait reconnu la Cour de Paris en ces termes : « il ne peut être reproché aux banques d'avoir prêté leur concours à la recherche de la solution qui devait permettre la survie d'une entreprise dont l'intérêt sur le plan économique et sur le plan de l'emploi n'était pas discutable ».

Les solutions dégagées de cet arrêt précisent les conditions de l'octroi de crédits par les banques dans l'hypothèse de la négociation d'un plan global d'apurement du passif et de redressement économique tendant à réussir le renfouement de l'entreprise (136). Ainsi qu'on le constate les crédits à court terme consentis par les banques viennent compléter des mesures de réorganisation de l'entreprise en difficulté, et participent ainsi à leur fonction curative. Même dans le simple cas de crédits bancaires à court terme, l'objectif de la survie de l'entreprise conduit à leur faire jouer un rôle préventif et curatif.

119 – Cette évolution du rôle du crédit bancaire aux entreprises en difficulté correspond aux propositions récemment faites tendant à améliorer les rapports entre les banques et les entreprises de petite et moyenne dimension.

B. Les propositions d'amélioration des rapports entre les banques et les entreprises en matière de crédit :

120 – Les inconvénients et les dangers de l'ouverture de crédit et des diverses sortes de tolérances bancaires, ainsi que la difficile question de la responsabilité encourue par la banque dispensatrice de crédit, ont conduit

(136) La préférence accordée au plan de renfouement extra-judiciaire est révélatrice de la méfiance inspirée par les procédures collectives et elle présente de nombreux risques (cf. Aix-en-Provence 4 juillet 1978, D. 1979, I.R., 6, obs. F. Derrida, D. 1980, I.R., 53, obs. M. Vasseur : un pool bancaire, incité par les pouvoirs publics à renflouer une entreprise en difficulté, avait accepté d'ouvrir un crédit moyennant la constitution d'une hypothèque à son profit, plus d'un an après la date de la cessation des paiements ; la sûreté – en application de l'article 29 al. 2 6° – a été déclarée inopposable à la masse).

certain auteurs à souhaiter une sorte de code de déontologie de la distribution du crédit (137), encore appelé code de bonne conduite des banques (138). Quelques mesures ponctuelles permettraient déjà de régler certaines difficultés ; pour les ouvertures de crédit à durée indéterminée, il serait souhaitable que les banques consentent à passer des conventions expresses, ou à établir des conditions générales (139) qui détermineraient la durée du préavis de rupture ou le supprimeraient. Cette tendance à la formalisation partielle des ouvertures de crédit avait trouvé un écho au Parlement, à l'occasion du vote de la loi du 3 janvier 1975 relative aux chèques. Un amendement de MM. Foyer et Gerbet (140) prévoyait que le banquier serait obligé d'honorer un chèque dans l'hypothèse où, après avoir dans le passé effectué des paiements à découvert, il n'aurait pas notifié expressément à son client sa décision de ne pas continuer à faire de même dans l'avenir. À la demande du Garde des Sceaux, les députés ont rejeté cet amendement.

On pourrait prendre modèle sur la loi du 10 janvier 1978 (141), qui dans son article 5 réglemente la procédure de l'offre et de l'ouverture de crédit, en lui apportant les adaptations nécessaires. Le coût du crédit bancaire devrait être mieux connu (142) et le Rapport Mayoux (143) a proposé que les banques soient tenues de notifier par écrit leurs conditions : agios, commissions, dates de valeur.

121 – Dans le Chapitre III de ce même rapport (144) des propositions plus importantes sont faites pour que le banquier soit plus proche de son client, entre davantage « dans l'intimité de l'entreprise » et assure, en par-

(137) J. Stoufflet, note sous Paris 6 janvier 1977, J.C.P. 1977, II, 18689.

(138) M. Monguilan, débats lors du Colloque précité sur le rôle et la responsabilité des banques, p. 305.

(139) J. Stoufflet, Devoirs et responsabilité de banquier... préc., p. 51.

(140) Amendement n° 20, J.O. Déb. Ass. Nat., 6 décembre 1974, 7552.

(141) Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, J.O. 11 janvier, 299. D. 1978, L. 83, J.C.P. 1978, III, 46697.

(142) Conférences de M. Monory (Le Monde 13 juillet et 8 novembre 1979), demandant que le coût du crédit soit « transparent ». « A la demande des pouvoirs publics les trois banques nationales ont entrepris de diffuser à leur clientèle d'entreprises des documents d'information sur les conditions de tarification des différents services bancaires » : Rép. Min. n° 20669, J.O. Déb. Ass. Nat., 3 novembre 1980, p. 4639.

(143) Rapport préc., supra n° 106.

(144) *ibid.*, p. 87 du Rapport.

ticulier pour les P.M.E., des services financiers caractérisés par l'efficacité et la qualité. Ce groupe de réflexion a constaté que la pratique des pools bancaires, qui présente l'avantage de diviser les risques entre les établissements tout en simplifiant les discussions avec la Banque de France en rapport avec l'un d'entre eux, le « chef de file », atténue aussi la responsabilité des différentes banques, disperse l'attention accordée aux dossiers et ne favorise pas le diagnostic de l'état réel de l'entreprise. De même, la variété des crédits à court terme ne permet guère de porter un jugement d'ensemble sur l'entreprise et l'on ne doit pas seulement prendre en compte son passé, son présent et son futur immédiat ; des prévisions d'exploitation à moyen terme et de trésorerie devraient être réalisées et les auteurs de ce Rapport insistent sur le rôle éducatif que cette mission dévolue aux banques pourrait remplir. (145).

122 – Il est surtout proposé un système de crédit global d'exploitation correspondant aux règles suivantes : l'entreprise choisit un banquier principal, auquel elle s'engage à demander au moins la moitié de tous ses concours bancaires. Pour le solde elle peut s'adresser à d'autres établissements bancaires, qui doivent informer la Banque de France de l'évolution de leurs concours. Les crédits consentis à l'entreprise sont portés dans un compte d'avance unique, dans le cadre d'un crédit global (146) fixé annuellement, ajustable en cours d'exercice, qui doit être révisé chaque année sous le contrôle de la Banque de France, en tenant compte des prévisions d'exploitation, des crédits fournisseurs et du budget d'investissement, et en comparant les prévisions de l'exercice précédent avec les résultats obtenus.

Enfin, ce Rapport propose de réduire le financement inter-entreprises, en incitant au paiement comptant et énumère les moyens à mettre en oeuvre pour réaliser ce crédit global d'exploitation.

Ces différentes propositions complètent les mesures relatives à la décentralisation bancaire, à la suppression de l'encadrement du crédit et aux moyens nécessaires pour améliorer l'importance des fonds propres des P.M.E..

(145) Le Crédit du Nord a édité un « Guide des services de la Banque à l'entreprise » (coll. Cahiers du chef d'entreprise, n° 1, septembre 1980), dans lequel sont recensés très clairement les services offerts par cette banque (conseils, aides spécifiques, services à l'étranger...) et les divers modes de financement possible (privés et publics) avec les adresses des organismes compétents.

(146) Cette proposition a été adoptée par le Conseil des Ministres du 11 juillet 1979 (Le Monde, 13 juillet 1979).

123 – La proposition d'instituer un crédit global d'exploitation (147), ainsi que la transformation des modes de crédit, apporteront sans doute une modification importante des pratiques commerciales en vigueur. Elles auront surtout pour rôle d'associer plus directement le banquier à la surveillance de la gestion de l'entreprise, ne serait-ce que par l'introduction d'éléments prospectifs permanents, les négociations annuelles auxquelles donneront lieu les révisions du montant de crédit global. On peut estimer que cette réforme modifierait très sensiblement les règles actuellement appliquées dans le droit du crédit, notamment en ce qui concerne la responsabilité du banquier, et confirmerait l'évolution déjà mentionnée du rôle des crédits à court terme.

On constate ainsi que leur fonction préventive se double progressivement de la prise en compte de leur mission curative.

124 – L'étude des différentes techniques dilatoires permet de relever – au moins pour les délais en matière fiscale et para-fiscale et les crédits bancaires à court terme – que leur rôle ne consiste pas uniquement à différer quelque peu l'exigibilité du paiement des dettes ou à alimenter le fonds de roulement de l'entreprise. On procède, en réalité, à une analyse détaillée de sa situation réelle, à une recherche de solutions plus durables et parfois même à l'élaboration de véritables plans de redressement économique et financier, plans qui sont négociés entre les dirigeants de l'entreprise et les dispensateurs de délais ou de crédits.

Certes, ces techniques demeurent encore pragmatiques, fragmentaires, inorganisées et souffrent à bien des égards d'une absence de règles précises concernant leur mise en oeuvre. La situation difficile que connaît l'entreprise oblige à les employer en qualité de méthodes à moyen terme alors qu'elles sont essentiellement des mesures à court terme. Cependant on a pu voir comment la fonction curative est non seulement présente en arrière-plan, mais encore pénètre et métamorphose ces techniques, faisant apparaître leur dualité de fonctions.

125 – Il n'en demeure pas moins vrai que l'efficacité de ces techniques reste encore limitée. Dès lors que la carence en fonds propres s'avère trop importante, le redressement ne sera possible et durable qu'en ayant recours à d'autres moyens qui permettent l'apport de capitaux permanents, et réalisent un véritable renfouement financier.

(147) voir les premières observations de l'Association française des Banques, Banque 1979, 695. Cette même Association a publié une note de réflexion sur le Rapport Mayoux (Banque 1979, 1139) qui analyse et critique les propositions faites et formule de nombreuses remarques ; J.O. Déb. Ass. Nat. 14 novembre 1980, p. 3838 : intervention de M.J.P. Prouteau, lors du vote du budget de l'industrie.

CHAPITRE II.

LE RENFLOUEMENT FINANCIER

126 – Les diverses mesures dilatoires (1) peuvent se révéler insuffisantes pour combler le passif de l'entreprise, ou inefficaces à terme ; un véritable renfouement financier est alors nécessaire pour éviter la liquidation de l'entreprise. Il peut se réaliser ou bien par des apports de capitaux permanents (Section 2) ou bien par des accords passés avec tous les créanciers pour apurer le passif de l'entreprise (Section 1).

SECTION 1. LES PACTES AMIABLES :

127 – Le débiteur peut proposer à l'ensemble de ses créanciers une opération ayant pour but de régler, généralement à terme et moyennant des re-

(1) cf. *supra* n° 77 et s.

mises, l'intégralité de son passif. Il s'agit d'un concordat amiable (2), encore appelé contrat d'atermoiement (3), pacte d'atermoiement (4) ou moratoire général.

L'état latent de cessation des paiements de l'entreprise est propice à ce genre d'accords et une convergence d'intérêts en favorise la multiplication ; les créanciers hésitent en effet à assigner leur débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens, en raison des résultats décevants pour eux de ces procédures, et considèrent qu'un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès ; l'attrait d'un paiement apparemment plus important, principalement pour les créanciers chirographaires, et plus rapide, le maintien de rapports économiques avec un client, constituent autant d'incitations à préférer ce type d'accord aux aléas et aux piètres dividendes d'une procédure de concours. Pour le débiteur, le souci de renflouer son entreprise au plus vite, par des moyens relativement discrets, en évitant les sanctions des procédures judiciaires ou à tout le moins leur publicité, l'espoir d'obtenir des remises importantes, le conduisent à proposer cet accord amiable à ses créanciers. Avec l'aide d'un cabinet d'affaires, si possible connu, il établit les modalités de l'opération, réunit éventuellement ses créanciers et la leur fait accepter. Un chantage mutuel à la liquidation (5) s'ajoute ainsi à d'âpres négociations (6).

128 – Ces pactes amiables sont d'une pratique courante, aussi bien en France que dans les pays voisins (7) et il est à l'évidence impossible d'en

(2) *Encycl. Dalloz, Rép. Com. Vis Faillite personnelle... (modes de clôture)*, 1977, n° 775 et s., par F. Derrida ; F. Derrida, *Concordat préventif et droit français*, Mélanges J. Hamel, 1961, 489, spéc., n° 20 et s. ; R. Rodière et B. Oppetit, *Droit commercial, Effets de commerce, contrats commerciaux, faillites*, 8° éd., 1978, Dalloz, n° 348 ; Ripert et R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, 9° éd., T. II, 1981, L. G. D. J., n° 3 186 ; G. Toujas et J. Argenson, *Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillite*, 4° éd., 1973, Lib. Techn., T. II, n° 953 et 1 027 ; Y. Guyon, *Cours de droit commercial, Licence en droit*, 1978-1979, Fasc. I, p. 37, *Les Cours de droit*, Paris ; *Juris-Cl. Com., anciens art. 437 à 614*, Fasc. I 80, 1972 ; Percerou et Desserteaux, *Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, 2° éd., 1937, T. II, n° 1 399 et s. ; M. de Juglart et B. Ippolito, *Droit commercial*, 3° vol., 2° éd., 1977, Montchrestien, n° 1 291.

(3) *Juris-Cl. Com.*, préc., n° 1.

(4) R. Nowina, *Le pacte d'atermoiement*, *Gaz.-Pal.* 1969, 1, *Doctr.*, 3.

(5) F. Derrida, *Concordat préventif et droit français*, préc., n° 20.

(6) Y. Guyon, *cours préc.*, p. 37.

(7) cf. *infra*, Annexes, *Eléments de droit comparé*.

connaître le nombre et d'en mesurer l'efficacité. Les syndics (8) et les membres des Tribunaux de commerce en dénoncent les dangers, tandis que certains praticiens (9) affirment qu'ils permettent de sauver bon nombre d'entreprises (10)...

129 – Ils ne doivent pas être confondus avec les concordats préventifs, institués dans certains pays étrangers (11), ni avec les concordats votés dans le cadre d'un règlement judiciaire, ou concordats judiciaires, qui présentent la double caractéristique de consister en des accords votés à certaines majorités, généralement par les seuls créanciers chirographaires, homologués par les instances judiciaires et s'imposant à la minorité. Il serait préférable de qualifier ces concordats amiables de pactes amiables, l'atermolement ne constituant qu'un de leurs aspects à côté des remises consenties, et le terme de concordat pouvant laisser penser que des règles de majorité pourraient s'appliquer.

130 – Ils se distinguent aussi des accords particuliers passés entre le débiteur et l'un, ou quelques-uns, de ses créanciers, qui peuvent être déclarés inopposables à la masse s'ils sont conclus dans les dix-huit mois qui précèdent le jugement déclaratif (12) et sont interdits après ce même jugement (13). Il est rappelé que le paiement d'un créancier au préjudice de la masse pendant la période suspecte constitue un cas de banqueroute facultative (14) et qu'en outre l'action paulienne de l'article 1 167 du Code civil est toujours applicable, si ses conditions sont réunies.

(8) M. Ferrari, Le pacte d'atermolement, délit de fuite passible de banqueroute, *Gaz.-Pal.* 1969, 1, *Doctr.*, 199.

(9) R. Nowina, *art. préc.*

(10) La sévérité des sanctions des procédures collectives peut inciter au développement de ces concordats amiables : cf. H. de Balzac, César Birotteau, éd. La Pléiade, T. V., 557-558 ; J.H. Donnard, La vie économique et les classes sociales dans l'oeuvre de Balzac, Thèse, Lettres, 1961, A. Colin, spéc. p. 271 et s. : Chapitre III : « Crises, fraudes, faillites » ; F. Derrida, La réforme du règlement judiciaire et de la faillite, *Rép. Defrénois*, 1969, p. 31, note 41.

(11) cf. *infra*, Annexes, *Eléments de droit comparé*.

(12) *art. 29 de la loi du 13 juillet 1967.*

(13) *art. 147 de la même loi ; cf. obs. F. Derrida sous Trib. gr. inst. Paris 21 novembre 1978, D. 1979, I. R., 370.*

(14) *art. 128-6° de la même loi.*

131 – Les traités amiables réalisent ainsi, en dehors de toute intervention judiciaire, un accord collectif, nécessitant l'unanimité des créanciers, qui permet d'apurer le passif de l'entreprise. Ils constituent un faisceau de contrats individuels (15), dont les règles d'établissement et les effets n'appellent guère de commentaires particuliers, le droit commun des contrats leur étant applicable.

En revanche, les négociations auxquelles ils donnent lieu méritent quelques développements, ainsi que la question de savoir si de tels accords peuvent intervenir lorsque l'entreprise est en état de cessation des paiements virtuelle ? Si le caractère d'ordre public des règles relatives aux procédures collectives conduit à les interdire après que le jugement déclaratif a acquis l'autorité de la chose jugée, le problème reste entier pour ceux qui sont conclus antérieurement à cette date.

132 – La fonction préventive de ces pactes amiables reste liée à la réalité de son rôle curatif, ainsi qu'on peut le constater en étudiant les conditions de leur négociation et la date à laquelle ils peuvent être conclus.

I. LES CONDITIONS DE NÉGOCIATION DES PACTES AMIABLES :

133 – Le principe de la liberté des conventions permet de donner à ces pactes amiables la forme et les conditions souhaitées et acceptées par les parties ; généralement, le débiteur adresse une lettre circulaire à tous ses créanciers, exposant sa situation et les mesures qu'il leur propose de ratifier afin de réaliser l'apurement de son passif. Dans certains cas, il provoque une réunion au cours de laquelle il est procédé à une sorte de vérification amiable des créances (16) et à l'adoption d'un véritable plan de renflouement.

Les créanciers, malgré la menace d'un dépôt du bilan, peuvent en effet exiger du débiteur certaines mesures de réorganisation indispensables pour garantir l'avenir de leur créances, en contrepartie des sacrifices qu'ils acceptent de consentir. C'est ainsi que l'on admet que le principe de l'égalité entre les créanciers n'est pas applicable en ce domaine : les plus importants acceptent que les petites créances soient réglées plus ra-

(15) F. Derrida, *Concordat préventif et droit français*, préc., n° 20.

(16) *Juris.-Cl. Com.*, préc., n° 8.

pidement et dans des proportions plus élevées (17). L'intérêt commun justifie de telles préférences et elles ne sont possibles qu'à la condition d'être acceptées par tous et de ne pas être clandestines. En ce domaine, les obligations de sincérité et de renseignements à la charge des contractants, et plus particulièrement du débiteur, revêtent une grande importance et leur irrespect s'analyse aisément en un dol ou une fraude.

134 – Ce contrat à titre onéreux, qui n'est pas un acte juridique collectif, obéit au droit commun des contrats. Une acceptation de tous les créanciers est ainsi nécessaire, chacun subordonnant son accord à celui des autres (18) ; le *veto* d'un seul d'entre eux peut faire échouer la réalisation et ce dissident peut assigner le débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. Seuls les obligataires peuvent consentir, en assemblée générale extraordinaire, des reports d'échéances ou des modifications de l'amortissement (19). Le pacte amiable est susceptible d'être annulé pour erreur, dol ou violence, ou résolu par l'avènement d'une clause résolutoire expresse ou en justice. La nullité demandée par un seul profitera à tous, le maintien du pacte amiable étant subordonné à son application à tous les créanciers.

A cette fragilité issue de l'application du droit commun et de l'absence de caractère collectif, s'ajoute la difficulté de convaincre certains créanciers, notamment ceux qui bénéficient de privilèges et qui n'ont guère intérêt à renoncer à leurs avantages. Enfin, les créanciers postérieurs à ce pacte amiable n'y sont évidemment pas soumis et peuvent exiger un paiement comptant ou à défaut assigner en liquidation des biens.

135 – Le danger le plus sérieux de ces pactes amiables réside dans l'absence d'un contrôle objectif, extérieur à l'entreprise, de sa situation réelle. Les créanciers subordonnent souvent leur adhésion à l'établissement d'un véritable plan de redressement (20), conçu par le débiteur seul, ou avec l'aide de ses propres conseils, avec les risques d'oublis de certaines données, de fraudes caractérisées ou d'une analyse par trop optimiste de l'avenir économique. En accordant des délais, des remises, ou en accep-

(17) A. M. Baudron, La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'Ordonnance du 23 septembre 1967, préface C. Gavalda, 1972, Bibl. de dr. privé, L. G. D. J., n° 14.

(18) soit par l'insertion d'une condition suspensive, soit tacitement : Rép. Com., préc., n° 779.

(19) art. 313-5° de la loi du 24 juillet 1966.

(20) F. Derrida, Concordat préventif et droit français, préc., n° 25.

tant un abandon partiel d'actif, les créanciers ne disposent pas des éléments objectifs indispensables pour éclairer valablement leur décision.

Leur rôle préventif n'est ainsi assuré qu'à la condition de mettre en oeuvre leur fonction curative, et cette dernière dépend de la sincérité d'un débiteur aux abois. On peut dès lors dénoncer la fragilité de ces pactes amiables, ainsi que le faisait Thaller au XIX^e siècle (21) : « On n'imagine pas toutes les fraudes et tous les abus que masquent ces concordats amiables, sur lesquels la justice n'exerce aucune inspection. Le débiteur présente un bilan qu'on se dispense de vérifier. Les créanciers ne se rendent pas eux-mêmes aux convocations, ils s'y font représenter par des courtiers acquis d'avance à la cause du négociant. À tout instant on déroge au principe de l'égalité, non pas ostensiblement sans doute, mais au moyen de contre-lettres. On s'est dispensé d'appeler les absents... ». Plus récemment on s'est inquiété des risques d'abus que pourraient commettre certains intermédiaires, appelés sociétés de gestion de dettes (22).

136 – Le renfouement de l'entreprise n'en demeure pas moins possible par ce moyen, à la condition de compléter l'opération d'assainissement financier par des mesures de redressement économique et une action sur les causes des difficultés.

Mais est-il encore possible de conclure de telles opérations à la veille ou durant l'application d'une procédure de concours ?

II. LA DATE DE LA NÉGOCIATION DES PACTES AMIABLES :

137 – Il est admis que les pactes amiables ne peuvent intervenir après que le jugement déclaratif ouvrant une procédure collective a acquis l'autorité de la chose jugée (23). Le débiteur se trouve alors soumis aux dispositions d'ordre public de ces procédures, non seulement en cas de liquidation des biens, mais aussi en cas de règlement judiciaire. Si le contraire était ad-

(21) E. Thaller, *Des faillites en droit comparé*, Paris, 1 887, T. I, n° 56, p. 217.

(22) Rép. Min. n° 24 909, J. O. Déb. Ass. Nat. 7 février 1976, 535, J. C. P. 1976, IV, 284.

(23) Rép. Com., préc., n° 800 ; la question fut très discutée avant 1955 : cf. F. Derrida, *Concordat préventif et droit français*, préc., n° 23 ; Percerou et Desserteaux, op. cit., n° 1 409 ; G. Toujas, *Du concordat amiable*, J. C. P. 1 942, D, 255, spéc., n° 25 et s. ; les droits néerlandais et belge connaissent la même solution, alors qu'en droit allemand et suisse on admet qu'il puisse en être conclu un après l'ouverture de la procédure de concours, cf. Annexe „, *Eléments de droit comparé*.

mis, une clôture pour extinction du passif serait rendue possible par un concordat amiable (24) ; mais les conditions mises à cette forme de clôture de la procédure empêchent qu'un tel accord amiable puisse être réalisé (25).

138 – Au contraire, tant que le jugement n'est pas passé en force de chose jugée, et à plus forte raison avant l'ouverture de la procédure, les pactes amiables peuvent en principe être librement conclus ; le débiteur est alors parfaitement capable de passer de telles conventions. On a même admis, dans le cadre d'une procédure de suspension provisoire des poursuites, qu'un concordat amiable, conclu par le dirigeant de l'entreprise défaillante et son épouse pour une partie du passif, soit ajouté à un plan d'apurement du passif (26).

Les traités particuliers qu'il pourrait conclure afin d'avantager certains de ses créanciers ne pourraient pas être atteints par la nullité édictée par l'article 147 de la loi du 13 juillet 1967, ce texte ne visant que les actes passés après le jugement « constatant la cessation des paiements » (27). En plus de l'action paulienne, les pactes antérieurs au jugement déclaratif peuvent tomber sous le coup des inopposabilités de la période suspecte.

139 – On peut cependant se demander si le fait pour un débiteur de demander à ses créanciers de tels délais et des remises importantes n'est pas un signe révélateur de l'état de cessation des paiements ? Pour la doctrine (28), tant que le pacte amiable est exécuté, il n'y a pas cessation des paiements ; son inexécution au contraire la révèle et il est admis que la date puisse en être reportée jusqu'à celle de sa conclusion.

Cette analyse correspond à la conception classique de la cessation des paiements (29) exigeant le constat d'une situation financière désespérée ; dès lors que l'entreprise peut obtenir de tels arrangements avec ses créanciers, elle fait la preuve d'une certaine vitalité financière, sauf en cas de fraude. Mais si l'on retient la conception plus nouvelle et récente de la ju-

(24) art. 93 de la loi du 13 juillet 1967.

(25) Rép. Com., préc., n° 1 192, par A. Honorat.

(26) Limoges 6 juin 1969, Rev. trim. dr. com. 1971, 438, n° 3, obs. R. Houin ; contra : Paris 21 janvier 1980, D. 1980, I. R., 407, obs. A. Honorat.

(27) Rép. Com., préc., n° 788 et s. ; A. M. Baudron, thèse, préc., n° 15.

(28) Rép. com. Vis Faillite...(conditions d'ouverture), par R. Houin, 1977, n° 181.

(29) cf. supra n° 35 et s.

risprudence (30) qui définit cet état comme l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible, la solution ne semble plus devoir être la même. La proposition d'un pacte amiable constitue au contraire un aveu de la situation financière périlleuse, et le débiteur est alors tenu de la déclarer dans les quinze jours, s'il veut échapper aux peines de la faillite personnelle (31) et de la banqueroute simple (32). Dans ce dernier cas, les créanciers et les conseils du débiteur ayant collaboré en connaissance de cause à l'opération amiable pourraient être considérés comme complices pénalement de la banqueroute (33) et à ce titre passibles des mêmes peines que le débiteur.

Même en retenant la conception classique de la cessation des paiements, on peut se demander si une telle complicité de banqueroute simple ne pourrait pas être retenue contre les mêmes personnes, y compris les créanciers, au moins lorsque l'importance des délais et remises demandés par le débiteur dans sa lettre circulaire révèle une situation financière très lourdement obérée. En adhérant au pacte amiable, ils prennent non seulement le risque de le voir déclaré postérieurement inopposable à la masse, mais aussi celui d'une fixation de la date de la cessation des paiements antérieure de plus de quinze jours à leur signature. S'il est prouvé leur connaissance de la gravité de cette situation, la complicité de banqueroute simple pourra être retenue contre eux.

Il ne paraît pas que les pactes amiables conclus avant l'ouverture d'une procédure de concours soient à l'abri de toute critique ou sanction à l'encontre des créanciers, et *a fortiori* à l'égard du débiteur et de ses conseillers. L'imminence de l'état de cessation des paiements doit inciter à la prudence et les créanciers n'ont guère de moyens sérieux d'en supprimer la proximité ; mais ajoutés à d'autres indicateurs des difficultés (34), les pactes amiables constituent des indices réels de l'existence d'un état de cessation des paiements.

140 - Devant de tels dangers, certains Tribunaux de commerce procèdent à une surveillance officieuse des pactes amiables, ainsi que le reconnaissait M. Vincent, président du Tribunal de commerce de Lyon, à l'oc-

(30) cf. supra n° 38 et s.

(31) art. 108-2° de la loi du 13 juillet 1967.

(32) art. 128-3° de la même loi ; Trib. gr. inst. Paris 13 mai 1978, Bull. Cons. Nat. Com. Comptes 1978, n° 31, 342, qui condamne un commissaire aux comptes pour non-révéléation de faits délictueux au Procureur de la République.

(33) art. 403 C. pénal.

(34) cf. supra n° 50 et s.

casion d'un discours prononcé en 1932 (35) : « Nous n'avons pas cru devoir nous désintéresser des tentatives de concordat amiable, malgré les difficultés rencontrées par l'obligation du consentement unanime des créanciers ; leur surveillance officieuse nous a permis d'éviter quelques abus, causés forcément par de trop longues négociations, au cours desquelles la situation du débiteur est loin de s'améliorer ».

Monsieur H. Richaud, durant sa présidence du même Tribunal, avait établi avec le Procureur de la République une note à l'intention des praticiens (36), afin d'attirer leur attention sur les dangers des concordats amiables et leur conseiller une extrême prudence à l'occasion de ce type de négociations engagées avec les créanciers. Ils avaient joint à cette lettre une annexe énumérant la liste des renseignements sur l'entreprise jugés indispensables pour connaître véritablement la situation avant d'engager de tels pourparlers. Cette sorte de radiographie des aspects financiers, économiques et commerciaux de l'entreprise fournit aux avocats, experts-comptables, commissaires aux comptes et conseils juridiques appelés par leurs clients à préparer un pacte amiable les moyens de juger de la possibilité d'un renfouement de l'entreprise par ce moyen (37), et elle a le mérite de prévoir des éléments d'analyse prospective et de faire de ce concordat amiable un véritable plan de redressement complet.

C'était clairement rappeler que le domaine d'application de cette technique est extrêmement limité, ne saurait en aucune manière remplacer les procédures collectives et que, dans ce cadre réduit, pour ne pas dire exceptionnel, un pacte amiable n'est envisageable que s'il va au-delà d'une simple mesure dilatoire et que si sa fonction curative est réalisée.

141 – Quelques années plus tard, Monsieur Sorgues, Procureur de la République à Lyon, dans une lettre adressée le 15 octobre 1976 au Président de la Compagnie régionale des commissaires aux comptes (38), insistait auprès de ces professionnels pour qu'ils révèlent au Parquet l'état de cessation des paiements des entreprises dont ils certifient les comptes ; il

(35) cité par F. Derrida, *Concordat préventif et droit français*, préc., n° 24.

(36) reproduite, avec l'aimable autorisation de Monsieur le Président H. Richaud, en Annexes.

(37) A titre tout à fait officieux, le Président du Tribunal de Commerce acceptait d'examiner avec le débiteur et ses conseils les projets de concordats amiables et les diverses autres possibilités envisageables.

(38) reproduite infra, Annexes, avec l'aimable autorisation de Monsieur Sorgues.

faisait figurer l'envoi par le débiteur d'une circulaire en vue d'obtenir un pacte d'atermoiement parmi les indices significatifs de cet état (39).

Cette collaboration étroite entre le Président du Tribunal de Commerce de Lyon, les praticiens et le Parquet peut en effet permettre un déclenchement plus rapide des procédures de concours (40) et leur donner une plus grande efficacité dans l'objectif du renflouement de l'entreprise en difficulté ; elle peut aussi favoriser la conclusion de pactes amiables sérieux, ayant de bonnes chances de pouvoir être exécutés.

De telles initiatives sont révélatrices du souci de prévention des liquidations des biens qui anime ceux qui sont chargés d'appliquer le droit des procédures collectives, et elles préfigurent – peut-être – les solutions d'avenir qui associeraient plus étroitement les autorités judiciaires à l'établissement de projets de renflouement des entreprises en difficulté (41).

142 – En conclusion, les pactes amiables présentent de nombreux dangers pour le débiteur et pour ses créanciers et ils supposent, pour leur réussite, la conjonction de conditions favorables difficiles à réunir. Ce n'est qu'en prenant conscience de leur fonction curative indispensable et non pas seulement de leur rôle préventif, que l'on peut faire le partage entre les pactes possibles, voire permis, et ceux qui ne peuvent qu'entraîner une aggravation de la situation. Le plus souvent, ces tractations ne constituent que l'un des éléments d'une transformation plus profonde de l'entreprise, en particulier par une modification de ses structures, ou des apports de capitaux permanents.

Les accords conclus avec les créanciers sont fréquemment irréalisables tant que la structure financière de l'entreprise n'a pas été modifiée assez profondément pour apurer une partie du passif ou justifier la confiance des tiers.

SECTION 2. LES APPORTS DE CAPITAUX PERMANENTS :

143 – Le renflouement financier d'une entreprise en difficulté peut s'opérer en augmentant le recours aux emprunts à moyen et long terme et

(39) Les différents projets de loi tendant à la prévention des difficultés des entreprises (cités supra n° 3) ainsi que le Rapport Sudreau n'ont pas retenu cet indice, à la différence du droit suisse pour le cas d'insolvabilité, cf. infra Annexes, Eléments de droit comparé, et supra n° 47. cf. infra n° 349 la mention des pactes amiables dans les polices d'assurance des crédits commerciaux comme condition permettant la mise en oeuvre de la garantie.

(40) en particulier par une saisine d'office du tribunal, ou des conseils judiciaires.

(41) cf. par exemple l'actuelle extension du domaine de l'administration provisoire, infra n° 190 et s.

en faisant varier le montant de son capital social. Dans ce dernier cas, la question principale consiste à faire en sorte qu'une augmentation de capital réalisée par des apports en provenance de tiers ne conduise pas à une perte du contrôle de la société, et ne soit pas trop onéreuse d'un point de vue fiscal.

144 – L'industrie française porte encore la marque des structures familiales, principalement dans les petites et moyennes entreprises, mais aussi dans bon nombre de sociétés importantes (42) et cette origine du capital (43) rend difficile l'investissement nécessairement important et plus encore le renfouement de l'entreprise. L'autofinancement devrait permettre le développement et limiter le recours au financement externe (44), alors que l'on constate que l'endettement des entreprises ne cesse de croître (45).

Les entreprises françaises souffrent d'une insuffisance chronique de fonds propres, passés au cours des dix dernières années de 36 % à 25 % du total des bilans, le pourcentage des dettes à court terme variant de 48 % à 55 % et celui des dettes à long terme de 14 % à 18 % (46).

145 – Cette dégradation constante de la structure des bilans des entreprises, favorisant leur vulnérabilité, a conduit les pouvoirs publics dans la période récente à adopter des dispositions ayant pour objectif de donner une mesure plus exacte des fonds propres des entreprises, en ordonnant une réévaluation des bilans, et surtout de favoriser le renforcement des capitaux propres au moyen de dégrèvements fiscaux ou par la

(42) Conseil Economique et Social, La conversion des entreprises industrielles, 1979, n° 22 Rapport A. Bienaymé, p. 9 et s.

(43) Il s'ajoute aussi l'insuffisance des chiffres fixés pour le capital minimum des sociétés commerciales, qui permet de penser que celles qui s'en tiennent à ce minimum ne sont pas viables *ob ovo* : E. du Pontavice, Le commissaire aux comptes et les procédures collectives de paiement (règlement judiciaire et liquidation des biens), Bull. Cons. Nat. Com. Comptes 1976, n° 24, p. 489, spéc., p. 521 ; cf. supra n° 53 le vote en 1ère lecture par l'Assemblée Nationale du relèvement du montant du capital minimum exigé des sociétés commerciales. On peut rappeler aussi la fréquence de l'utilisation des structures sociétaires afin de permettre aux dirigeants de bénéficier du régime fiscal et social des salariés, cf. supra n° 30.

(44) R. Contin, Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes, Bibl. de droit de l'entreprise, 1975, Lib. Techn., n° 662 et s.

(45) Rapport J. Mayoux, Le développement des initiatives financières locales et régionales, Conseil Economique et Social, La Documentation Française, 1979, Annexe 19, p. 267.

(46) Rapport F. Icart, Ass. Nat., n° 390, annexé au procès-verbal de la séance du 15 juin 1978, sur le projet de loi n° 320 (rectifié) relatif à l'orientation de l'épargne vers le financement des entreprises (devenu la loi du 13 juillet 1978), p. 6.

création de nouveaux titres de prêts ou d'actions ; dans le même temps les particuliers étaient incités à investir dans les entreprises industrielles et commerciales.

Ces mesures n'ont dans l'ensemble pas pour rôle spécifique de permettre le redressement des entreprises en difficulté et visent plutôt à provoquer un accroissement des investissements et une réduction corrélative du chômage.

Mais elles peuvent, dans certains cas, aider à une opération de renfouement en ce qu'elles peuvent augmenter les fonds propres sans porter atteinte au pouvoir de ceux qui contrôlent l'entreprise ou faire obtenir des prêts à long terme remboursables seulement après l'ensemble des créanciers privilégiés et chirographaires, si une procédure collective est ouverte. Ces mesures viennent ainsi s'ajouter aux techniques du droit des sociétés, ainsi qu'aux nombreuses subventions et aides des pouvoirs publics (47).

146 – Mais elles sont pour la plupart inadaptées aux entreprises qui ne sont pas exploitées sous la forme de sociétés commerciales, pour lesquelles seuls des apports successifs de capitaux nouveaux ou une cession sont possibles. Les sociétés commerciales qui connaissent de sérieuses difficultés peuvent avoir recours aux emprunts à long terme, à condition de trouver des établissements qui acceptent de leur consentir de tels prêts : elles tentent le plus souvent de modifier le montant de leur capital social, ou bien en le réduisant, ou bien en l'augmentant, aidées en cela par la loi du 13 juillet 1978 qui a institué une nouvelle catégorie d'actions sans droit de vote et à dividende prioritaire.

I. LES EMPRUNTS A LONG TERME :

147 – Afin d'assurer leur développement, ou pour faire face à des difficultés financières, les sociétés commerciales peuvent essayer d'obtenir des prêts à long terme. Les banques et établissements de crédit, tout en exigeant des sûretés, se montrent souvent réticents lorsque l'entreprise se trouve déjà dans une situation financière délicate et conseillent plutôt une cession ou une opération de fusion. La loi du marché conduit à n'appor-

(47) P. H. Cassou, Les aides financières aux entreprises, Litec, 1977 ; cf infra n° 351 et s.

ter des capitaux qu'aux entreprises prospères (48) accentuant ainsi les inégalités existant entre les entreprises et plus spécialement entre les petites et moyennes et celles de grande dimension.

A côté des modes d'emprunts classiques, une nouvelle catégorie de prêts a été organisée par la loi du 13 juillet 1978 : les prêts participatifs. Dans les deux hypothèses, l'état de difficulté de l'entreprise ne constitue pas un élément de nature à faciliter l'obtention de ces prêts, et ils ont un rôle préventif lorsqu'ils correspondent à une opération plus globale de renfouement, à la présentation d'une sorte de plan de redressement qui assure leur fonction curative en même temps.

A. Les emprunts de type classique :

148 — Les concours financiers de longue durée sont généralement fournis par l'Etat, notamment par l'intermédiaire du F. D. E. S., du Crédit National, des Sociétés de Développement Régional (49) et aussi par les banques, grâce au crédit-bail immobilier ou au marché hypothécaire (50). Ces opérations, destinées à financer des investissements plus qu'à renflouer l'entreprise, peuvent cependant avoir cet usage ; il s'agit souvent d'un montage financier global qui permet d'éviter les conséquences d'une liquidation des biens déjà prononcée ou de permettre la création

(48) Rapport de synthèse de G. Brac de la Perrière au Colloque de Lyon des 26-27 octobre 1978, L'entreprise moyenne dans le marché de capitaux, Banque 1978, 1 321 ; on a proposé une réglementation des sociétés de cautionnement mutuel, en particulier au profit des P. M. E. non exploitées sous la forme de sociétés, notamment pour aider les entreprises en difficulté, en diminuant le coût du crédit : Proposition de loi de MM. Royer... n° 1 152, Ass. Nat., Annexé au procès-verbal de la séance du 19 juin 1979 ; des sociétés de caution mutuelle ont été créées à l'initiative des Chambres de commerce et des Banques populaires : la SOCAPIRA à Lyon, qui a pour objet de cautionner les demandes de prêts présentées par les entreprises industrielles ou artisanales employant moins de vingt-cinq personnes ou faisant un chiffre d'affaires inférieur à 15 millions de F., (Le Monde 14 décembre 1978, p. 42), la SOCAUMIP pour la région Midi-Pyrénées (Le Monde 9 janvier 1979, p. 41) ; cf. le Guide des services de la Banque à l'entreprise, Cahiers du chef d'entreprise, édités par le Crédit du Nord ; cf. infra n° 160.

(49) cf. infra, n° 359 et s.

(50) C. Gavalda et J. Stoufflet, Droit de la banque, préc., n° 496. Certaines propositions de crédit-bail d'actions ont été faites : cf. R. Pouget, La souscription ou l'acquisition de droits sociaux par les dirigeants ou les salariés de P. M. E., Dix ans de droit de l'entreprise, Lib. Techn., 1978, p. 545, spéc., p. 560 et s. ; M. Diener, Les actions de priorité amortissables, Dix ans de droit de l'entreprise, préc., p. 161, n° 4 ; El Mokhtar Bey, Le leasing d'actions, Cahiers de droit de l'entreprise, 1977, n° 2, p. 1.

d'une entreprise nouvelle chargée de reprendre tout ou partie des actifs de l'entreprise en difficulté (51).

1) Emprunts obligataires :

149 – La technique la plus couramment utilisée par les sociétés par actions consiste à émettre un emprunt obligataire (52), réglementé par les articles 284 et suivants de la loi du 24 juillet 1966 ; à la différence d'une augmentation de capital, il ne provoque pas un renversement de majorité par l'entrée dans la société de nouveaux associés et l'épargnant ne court pas les risques de l'entreprise, tout en étant assuré d'un intérêt fixe, souvent élevé, en plus d'un régime fiscal de faveur.

De tels emprunts ne peuvent être émis (53) que par les sociétés par actions, ou sous certaines conditions les groupements d'intérêt économique (54), et en pratique seules celles qui sont cotées en Bourse y ont accès. Le domaine de l'emprunt obligataire est ainsi réduit et divers projets suggèrent d'ouvrir le marché financier aux P. M. E., par la création d'une Caisse d'équipement pour ces entreprises (55) et un développement des Bourses régionales (56).

La société qui émet des obligations doit être assurée que le développement de ses activités, à l'aide des fonds reçus, lui permettra de faire face au remboursement à l'échéance et au paiement des intérêts ; l'emprunt obligataire ordinaire n'est en règle générale pas

(51) cf. infra n° 229 et s.

(52) P. Didier, *droit commercial*, préc., p. 479 ; Ripert et R. Roblot, *Traité élém. dr. com.*, préc., n° 1 409 ; M. de Juglart et B. Ippolito, *Droit commercial*, préc., n° 644 ; J. Hémard, F. Terré et P. Mabilat, *Sociétés commerciales*, préc., T. III, 1978, n° 138 ; Rép. Soc. V° Obligation, 1971, par J. Demogue. Voir la proposition de loi de J. Foyer (n° 1 651 et 2 030), votée en première lecture par l'Assemblée Nationale, séance du 20 novembre 1980 (J. O. Déb. Ass. Nat. 21 novembre 1980, p. 4 207 à 4 218) portant modernisation et simplification du régime des valeurs mobilières. Il est créé des obligations avec bons de souscription donnant droit, à un ou plusieurs prix spécifiés et pendant une période déterminée, à des actions à émettre par la société.

(53) Les sanctions sont prévues par les articles 469 et s. de la loi du 24 juillet 1966, et spécialement l'art. 424 concerne le gérant de S. A. R. L. qui aurait émis des valeurs mobilières pour le compte de la société.

(54) art. 5 de l'Ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 : toutes les sociétés faisant partie d'un G. I. E. doivent pouvoir elles-mêmes émettre des emprunts obligataires.

(55) Projet adopté par le Conseil des Ministres le 11 juillet 1979 ; cette Caisse regroupe les activités de la Caisse nationale des marchés de l'Etat et du Crédit hôtelier : cf. infra n° 357.

(56) Rapport J. Mayoux, préc.

une technique utilisée pour le renfouement d'une entreprise en difficulté, faute de pouvoir obtenir la confiance nécessaire auprès des souscripteurs éventuels. Les obligations convertibles ou échangeables contre des actions peuvent s'avérer plus adéquates : très proches d'une véritable augmentation de capital, qu'elles permettent de réaliser assez rapidement ou à terme, leur régime juridique a été successivement modifié par les lois du 24 juillet 1966 et du 6 janvier 1969.

150 — Les obligations convertibles en actions obéissent à une réglementation précise, dont l'objet est de concilier les droits des actionnaires et des obligataires. Un certain nombre de conditions ont été ajoutées à celles requises pour l'émission d'obligations ordinaires : c'est ainsi que l'émission d'obligations convertibles en actions relève de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire (57), que les actionnaires renoncent à leur droit préférentiel de souscription, quitte à conserver un droit de souscription par priorité (58) et qu'un rapport spécial est établi par le conseil d'administration ou le directoire, ainsi que par les commissaires aux comptes. La date à laquelle la conversion peut être librement faite par le souscripteur varie selon les stipulations de l'emprunt ; il peut être fixé un délai pour cette option, pendant lequel le taux d'intérêt est plus faible que pour les obligations ordinaires, et si l'option n'est pas exercée l'obligation devient un titre ordinaire, remboursé à l'échéance. Cette forme d'obligation n'a pas connu un grand succès, en raison de la rigidité de ce délai et la pratique lui a préféré la possibilité de conversion à tout moment (59). Le contrat d'émission peut prévoir que la conversion ne sera possible à tout moment qu'à compter d'une date donnée, c'est le différé de conversion, qui ne peut dépasser cinq ans à compter de l'émission (60) ; au plus tard, la conversion reste permise dans les trois mois qui suivent la date à laquelle l'obligation est appelée à remboursement. Il est

(57) art. 195 al. 1 de la loi du 24 juillet 1966.

(58) M. Vasseur, De la priorité reconnue aux actionnaires ayant renoncé à leur droit préférentiel de souscription en cas d'émission d'obligations convertibles, *Mélanges D. Bastian*, T. I, Lib. Techn., 1974, p. 361, et J. C. P. 1974, D, 2 665.

(59) Y. Serra, Le droit de conversion des obligations convertibles à tout moment, *Rev. trim. dr. com.* 1971, 570.

(60) art. 196-1 de la loi du 24 juillet 1966.

possible de suspendre la convertibilité pendant trois mois au maximum, afin de permettre une augmentation de capital ou une fusion (61).

La nature particulière de ces titres a conduit le législateur à assurer la protection de cette catégorie d'obligataires (62) avant que l'option ne soit exercée.

L'assemblée des obligataires doit approuver une opération d'absorption ou de fusion (63) et leurs droits doivent être réservés lors de l'émission d'actions, de nouvelles obligations convertibles ou échangeables, l'incorporation au capital de réserves, et la distribution de ces réserves (64).

151 — Les obligations échangeables contre des actions mettent en oeuvre une technique plus complexe (65) et peuvent être échangées contre des actions déjà émises par la société ou créées par elle au plus tard à l'occasion de l'émission de l'emprunt. Réservées aux sociétés cotées en Bourse (66), elles supposent que les actions soient souscrites par une banque ou des personnes ayant obtenu la caution de banques, qui sont chargées de procéder à l'échange au fur et à mesure que le souscripteur le demande ; leur réglementation est à peu près la même que pour les obligations convertibles, notamment pour ce qui concerne les règles visant à la protection des obligataires. Elles n'ont cependant pas connu le succès que l'on en escomptait.

152 — Ces différentes formes d'emprunts obligataires, convertibles ou échangeables en actions, présentent un certain nombre d'avantages non négligeables pour les souscripteurs comme pour la société émettrice. Les premiers peuvent examiner l'évolution de l'entreprise avant d'opter pour le parti le plus intéressant pour eux : lever

(61) même article.

(62) qui sont des associés éventuels ; cf. A. Viandier, La notion d'associé, *Bibl. de dr. privé*, L. G. D. J., 1978. J. Guyénot, La pratique des obligations convertibles en action, *Banque* 1980, p. 1003.

(63) art. 197 de la loi du 24 juillet 1966.

(64) art. 196 al. 1 de la même loi.

(65) P. Clavel, Les obligations échangeables contre des actions, *Annales de la Faculté de Droit de Lyon*, 1969, I, p. 29 ; B. Sousi-Roubi, Le contrat d'échange, *Rev. trim. dr. civ.* 1978, p. 257, n° 11 et s.

(66) art. 200 de la loi du 24 juil. 1966.

l'option de conversion ou d'échange et faire leur entrée dans le capital de la société à titre d'actionnaires, ou conserver leur titre et attendre l'échéance de son remboursement ; en contrepartie le taux d'intérêt versé est plus faible que celui des obligations ordinaires (67). Pour la société qui l'émet, cet emprunt représente un service d'intérêts moins onéreux, et permet de réaliser à terme une augmentation de capital tout en bénéficiant d'avantages fiscaux ; en effet le versement des dividendes aux actionnaires n'est pas déductible pour le calcul de l'impôt sur les sociétés, alors que cet effet est attaché aux intérêts de toutes les formes d'obligations.

153 – Les obligations convertibles en actions ont connu un grand développement dans la période récente, bien qu'elles ne représentent encore qu'une faible partie du total des obligations émises par les sociétés privées ; en 1977 (68) le chiffre total s'est élevé à 1,8 milliard de francs (en 1976 : 1,1 milliard de F.), montant supérieur aux émissions des actions de sociétés cotées et du même ordre que l'ensemble des augmentations de capital réalisées par appel public à l'épargne. La même année, le total des émissions d'obligations ordinaires par les entreprises industrielles et commerciales privées a été de vingt-cinq milliards de francs. En 1978 (69) une très forte hausse des émissions d'actions a réduit l'importance des émissions d'obligations par les sociétés privées : 700 millions de francs pour celles convertibles et 29,2 milliards de francs pour celles ordinaires.

La Commission des Opérations de Bourse prend soin de relever que sur les seize opérations d'émission d'obligations convertibles en 1978, quatre représentaient un total de cent trente millions de francs et étaient émises par des sociétés en difficulté ; deux d'entre elles étaient garanties par le groupe majoritaire ou par le futur détenteur du contrôle ; dans un troisième cas, l'opération devait permettre à un tiers de prendre à terme une participation notable dans le capital de la société émettrice ; et enfin, dans le dernier cas, l'émetteur était une société à laquelle le marché des actions se trouvait difficilement accessible en raison des pertes importantes constatées au cours des exercices précédents.

(67) Selon le Rapport de la C. O. B. pour l'année 1977, Annexe III, p. 111, le taux d'intérêt en moyenne pour les obligations ordinaires était de 11,30 % et celui des obligations convertibles variait de 8 à 10,70 %.

(68) Rapport de la C. O. B., année 1977, Annexe III, p. 111.

(69) Rapport de la C. O. B., année 1978, Annexe III, p. 760 et s., J. O. Doc. Adm. n° 42, 30 mai 1979 ; cf *infra* n° 355 pour 1979 et 1980.

154 – Le développement des sociétés d'investissement à capital variable (70) et des fonds communs de placement (71), qui détiennent un pourcentage non négligeable d'obligations (72), permet aux épargnants de grouper leurs capitaux et de faire appel à des spécialistes de la gestion des portefeuilles de valeurs mobilières, et peut modifier les rapports entre les obligataires et la société émettrice. Le rôle de la masse des obligataires se trouve accru dès lors que de tels groupements détiennent une quantité importante de titres, ce qui leur permet d'avoir avec les responsables de l'entreprise des rapports plus égalitaires.

2) Avances des associés à la société :

155 – Mais plutôt que de recourir au marché des obligations convertibles ou non, ou encore de consentir à une augmentation de capital, les principaux actionnaires ou les associés peuvent accorder des avances à la société, en mettant une certaine somme à sa disposition par versement direct ou en ne percevant pas les dividendes distribués.

(70) Le régime juridique des SICAV a été modifié par : la Loi 79-12 du 3 janvier 1979 (J.O., 4 janv. 1979, p. 22 ; D. 1979, L. 52 ; J. C. P. 1979, III, 48 038), le Décret 79-323 du 24 avril 1979 (J. O. 25 avril 1979, p. 954 ; D. 1979, L. 183 ; J. C. P. 1979, III, 48 486), le Décret 79-324 du 24 avril 1979 (J. O. 25 avril 1979, p. 955 ; D. 1979, L. 184 ; J. C. P. 1979, III, 48 987) et l'Arrêté du 25 avril 1979 (J. O. 27 avril 1979, p. 971 ; D. 1979, L. 185 ; J. C. P. 1979, III, 48 488) ; cf. les commentaires : M. Jeantin, *Rev. trim. dr. com.* 1979, 474, et P. Bouzat, *même Revue* 1980, 154 ; *adde* : Rép. Min. n° 18 738, J. O. Déb. Ass. Nat. 19 octobre 1979, p. 8 599.

(71) Loi 79-594 du 13 juillet 1979 (J. O. 14 juillet 1979, p. 1 831, D. 1979, L. 265 ; J. C. P. 1979, III, 48 801), Décret 79-835 du 27 septembre 1979, (J. O. 29 septembre 1979, p. 2 419 ; D. 1979, L. 347 ; J. C. P. 1979, III, 49 066) ; Arrêté du 28 septembre 1979 (J. O. 30 septembre 1979, p. 2 442 ; D. 1979, L. 350 ; J. C. P. 1979, III, 49 067 ; *Rev. Soc.* 1979, 913) ; Arrêtés du 27 novembre 1979, (J. O. 1er décembre 1979, p. 2 990 ; D. 1980, L. 9 ; J. C. P. 1979, III, 49 253 et 29 254) ; Commentaires : J. Rivoire, *Banque* 1979, 1 313 ; A. Vian-dier, *Rev. Soc.* 1980, 241 ; Ph. Jestaz, *Rev. trim. dr. civil* 1980, 180 ; G. Delmotte, *Journ. Not. et Av.* 1979, 1 437. Décret 81-89 du 29 janvier 1981, J.O. 4 février 1981, 442, J.C.P. 1981, III 50930, D. 1981, L. 100.

(72) Les actifs des 3 174 Fonds de placement, en 1977, ont été évalués à 7,1 milliards de francs, composés de 24,5 % d'actions de S. I. C. A. V., 10,2 % d'actions et d'obligations d'entreprises, 54,2 % d'autres valeurs et de 11,1 % de liquidités : Rapport M. Lauriol, n° 691, Ass. Nat., sur le projet de loi n° 379 relatif aux fonds communs de placement, annexé au procès-verbal de la séance du 14 novembre 1978, p. 14 ; cf. Recommandation du 14 octobre 1980 de la C.O.B. sur la publicité et le démarchage pour les Fonds communs de placement, J.C.P. 1980, III, 50517 ; Y. Chartier, *Les nouveaux Fonds communs de placement* (commentaire du Titre I de la loi n° 79-594 du 13 juillet 1979 et de ses textes d'application) J.C.P. 1980, D. 3001.

Cette pratique, assez courante dans les P. M. E., fait des associés des créanciers à part entière, dont la rémunération est souvent très supérieure à celle procurée par les dividendes ou par d'autres placements. En principe, la loi du 13 juin 1941 relative à la profession bancaire réserve aux banques le droit de recevoir des dépôts de fonds à vue ou à moins de deux ans, avec comme exception (73) les fonds « reçus ou laissés en compte provenant dans une S. A. R. L. des associés ou dans une société de personnes des associés en nom ou commanditaires », et les « dépôts du personnel lorsqu'ils ne dépassent pas dix pour cent du capital » (74). Il devrait ainsi être interdit aux actionnaires de faire un tel dépôt ailleurs que dans une banque ; cependant, le Conseil national du crédit admet que les dirigeants et les détenteurs de plus de vingt pour cent du capital puissent consentir à une société anonyme des avances remboursables à vue ou à moins de deux ans. Les avances supérieures à deux ans sont libres et échappent aux prescriptions de la loi du 13 juin 1941.

Cette pratique s'est à ce point développée que les banques exigent souvent, avant tout prêt de leur part, que les comptes des associés ne tombent pas en-dessous d'un certain montant et qu'ils atteignent un chiffre donné ; elles subordonnent fréquemment l'octroi d'un crédit à la constitution d'un dépôt en compte d'associé, bloqué pendant un certain temps, afin de remédier au déséquilibre existant entre les fonds propres et les sommes empruntées.

156 — Ces avances d'associés, qui prennent parfois un caractère permanent, constituent des conventions passées entre les dirigeants et la société, au sens de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 (75) et sont soumises de ce fait à la procédure spéciale des articles 103 à 105 de la même loi (76).

Pour l'administration fiscale, elles sont vues avec une certaine défaveur ; selon les articles 39-1 3° et 212 du code général des impôts, seuls peuvent figurer dans les charges d'exploitation déductibles les intérêts des avances et des prêts qui ne dépassent pas de

(73) art. 2 b de la loi du 13 juin 1941.

(74) art. 2 d de la loi du 13 juin 1941.

(75) et article 50 de la loi du 24 juillet 1966 pour les S. A. R. L.

(76) G. Ripert et R. Roblot, *Traité élém. préc.*, T. I, n° 1 279, et Rép. Min. n° 14 764, J. O. Sénat, 20 août 1974 ; Rép. Min., n° 34 164, J.O. Déb. Ass. Nat. 20 octobre 1980, p. 4 453.

plus de deux points le taux des avances sur titre de la Banque de France, et à condition que le capital ait été entièrement libéré.

En outre, si ces avances proviennent de personnes qui ont en droit ou en fait la direction de la société (77), leur montant total ne doit pas dépasser une fois et demie le capital social pour les exercices ouverts à compter du premier janvier 1977, et une fois pour les exercices précédents (78). Cette limitation n'est cependant pas applicable aux avances consenties à leurs filiales par des sociétés ayant la qualité de sociétés-mères, au sens de l'article 145 du code général des impôts.

Les bénéficiaires des intérêts produits par ces avances peuvent opter pour le prélèvement libératoire prévu à l'article 125 A du code général des impôts (79) dans la mesure où ces avances n'excèdent pas la somme de trois cent mille francs (80). L'Administration, avant la loi du 9 juillet 1972 instituant un chiffre maximum d'avances (81), avait constaté que des entreprises au capital très faible fonctionnaient grâce à des dépôts d'associés dont le montant était parfois mille fois plus élevé que le capital !

157 — Ces avances permettent ainsi un apport de capitaux permanents, à moyen et surtout à long terme, et elle favorisent à leur tour l'obtention de prêts bancaires plus importants ; mais elles ne constituent encore qu'une mesure partielle et pour reconstituer vraiment les fonds propres des entreprises le législateur encourage la transformation de ces avances en éléments du capital lui-même (82) ; il a aussi procédé à la création d'une catégorie nouvelle et très particulière de titres : les prêts participatifs.

(77) Société passible de l'impôt sur les sociétés.

(78) Instruction du 26 juillet 1977, B. O. D. G. I. 4 C-5-77.

(79) 40 % pour les intérêts courus depuis la loi du 13 juillet 1978, et 33,33 % pour ceux antérieurs.

(80) art. 10-III de la loi 76-1 232 du 29 déc. 1976 ; art. 125 B du Code général des impôts ; Rép. Min. n° 29 555, J. O. Déb. Ass. Nat., 30 juin 1980, p. 2 697, considérant qu'il n'y a pas lieu d'élever ce chiffre de 300 000 F.

(81) fixé à l'époque à 200 000 F.

(82) cf. infra n° 174.

B. Les prêts participatifs :

158 – Les prêts participatifs, institués par les articles 24 à 33 de la loi du 13 juillet 1978 (83), constituent un nouvel instrument juridique destiné à renforcer la structure financière des entreprises, en les mettant en mesure d'accroître leurs investissements ; ils n'ont pas les caractéristiques ni ne courent les risques des apports en capital, et leur statut spécial de « créance de dernier rang » (84) a incité leurs auteurs à les assimiler à des fonds propres (85) tout en les faisant inscrire sur une ligne particulière du bilan de l'entreprise qui les consent et de celle qui en bénéficie. Ils améliorent ainsi le ratio fonds propres/endettement de l'entreprise, et par un effet multiplicateur favorisent l'octroi de prêts ordinaires supplémentaires.

Ce procédé financier particulier, inspiré du système anglo-saxon et des Pays-Bas des « prêts subordonnés » (86), a été conçu afin d'assurer le redressement des entreprises en difficulté et les premiers bénéficiaires en ont été les entreprises du secteur sidérurgique, par conversion des prêts antérieurs (87). Imaginés principalement pour les aides financières de l'Etat et des grands organismes de crédit, ces prêts participatifs peuvent être accordés par les autres établissements financiers ou des sociétés commerciales, en particulier par une société-mère souhaitant aider une de ses filiales ; mais on conçoit assez difficilement l'intérêt que peut avoir une banque ou une société à se placer dans la situation d'un créancier sous-

(83) Loi 78-741 du 13 juillet 1978, relative à l'orientation de l'épargne vers le financement des entreprises, J. O. 14 juil. D. 1978, L. 311, J. C. P. 1978, III, 47 473, commentaires de : R. Houin, Rev. trim. dr. com. 1978, 127 ; M. Cabrillac et J. L. Rives-Langes, même Revue 1979, 289, n° 2 ; B. Jadaud, Orientation de l'épargne vers le financement des entreprises, dispositions fiscales, J. C. P. 1978, éd. C. I., II, 12 885, n° 80.

(84) R. Monory, Projet de loi n° 320 (rectifié), annexé au procès-verbal de la séance du 1 juin 1978, Ass. Nat., p. 7.

(85) art. 25 de la loi.

(86) Le système adopté par la France présente cependant un aspect original, en ce qu'il permet aux pouvoirs publics d'octroyer de tels prêts ; cf. G. Nebot, Une révolution discrète : les prêts participatifs, Le Monde 11 mars 1980, p. 25.

(87) Rapport F. Icart, Ass. Nat., n° 568, annexé au procès-verbal de la séance du 5 octobre 1978, sur le projet de loi relatif aux opérations de la Caisse d'amortissement pour l'acier (devenu la loi 78-1 022 du 23 octobre 1978, J. O. 24 octobre 1978, p. 3 654), p. 22 ; ces prêts participatifs aux entreprises sidérurgiques ont bénéficié d'un intérêt symbolique de 0,1 % de 1979 à 1983, et sans doute d'1 % ensuite ; *adde* : Rép. Min. n° 15 263, J. O. Déb. Ass. Nat., 4 août 1979, p. 6 545 ; F. Derrida, Le crédit et le droit des procédures collectives, Mélanges R. Rodière, préc., n° 16, note 67. C. Carmagnol, Les prêts participatifs, J.C.P. 1980, éd. C.I., 13350 ; cf. supra n° 45, aff. *Sté Franco-Belge*.

chirographaire (88) remboursé, en cas de procédure collective, après tous les autres créanciers de l'entreprise !

Ces « quasi-fonds propres » restent des créances d'un type spécial, qui obéissent à des règles particulières tant du point de vue de leur octroi et de leurs caractéristiques propres, que du point de vue de leur origine. La Commission des Finances de l'Assemblée Nationale (89) a en effet proposé que des conditions plus strictes soient prévues lorsque ces prêts participatifs sont accordés par l'Etat, et le Parlement a ainsi distingué ces deux hypothèses : le régime général et les prêts consentis par l'Etat.

1) Régime général des prêts participatifs :

159 – Dans le régime général, les prêts participatifs peuvent être consentis par des établissements financiers, de crédit, des banques, des sociétés et mutuelles d'assurance ou des sociétés commerciales, sur leurs ressources disponibles à long terme (90), à l'exclusion des personnes physiques, même associées des sociétés qui en bénéficient. Les parties établissent les conditions de ces prêts, et la loi se limite à prévoir qu'ils seront rémunérés par un intérêt fixe prévu au contrat, auquel peut s'ajouter une clause de participation aux bénéfices nets de l'entreprise, à condition que le total des intérêts servis reste dans les limites prévues par la loi du 28 décembre 1966 relative à l'usure. Lorsqu'une telle clause de participation est prévue, elle devra être approuvée par l'assemblée générale extraordinaire (91) dans les conditions prévues pour modifier les statuts, puisqu'elle affecte les droits aux dividendes des actionnaires ordinaires et de ceux à dividendes prioritaires.

Les règles de remboursement sont celles prévues au contrat, avec deux importantes limitations : en cas de liquidation amiable ou de liquidation des biens, ces prêts ne seront remboursés qu'après désintéressement complet de tous les créanciers privilégiés et chi-

(88) Marc Lauriol, au nom de la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale, Rapport F. Icart, n° 390, préc., p. 106 ; on a aussi parlé de créanciers « infra-chirographaires » : M. Ca-brillac et J. Argenson, J. C. P. 1979, éd. C. I., 7 564, n° 14. Cf. infra n° 160.

(89) Rapport F. Icart, n° 390, préc., p. 96 et art. 31 de la loi.

(90) art. 24 de la loi.

(91) art. 28 al. 2 de la loi du 13 juil. 1978.

rographaires (92); en cas de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites, le remboursement des prêts et le paiement des rémunérations se trouvent suspendus de plein droit jusqu'à l'exécution complète du concordat ou du plan de redressement et d'apurement du passif (93).

La convention passée entre les parties réglemente les autres points et en particulier celui d'un établissement par l'emprunteur d'un véritable plan de redressement de réorganisation ou des investissements à réaliser, que le prêteur peut exiger en contrepartie de cette exclusion de la masse des créanciers en cas de procédure collective.

160 – On pouvait prévoir que les prêts participatifs consentis par des établissements bancaires ou des sociétés commerciales ne seraient accordés que lorsque les pouvoirs publics feraient de même (94), garantissant en quelque sorte les chances de renfouement de l'entreprise.

C'est pourquoi, afin d'atténuer le risque couru par le prêteur, le Ministre de l'économie et le Secrétaire d'Etat auprès du Ministre de l'industrie ont pris une initiative de nature à permettre aux banques de s'engager en utilisant des ressources privées pour accorder des prêts participatifs (95). « Les banques pourront désormais accorder de tels prêts aux entreprises industrielles ou de services industriels qui ont adhéré à une société de caution mutuelle. Ces prêts seront assurés auprès d'un fonds de garantie à hauteur de 60 % du risque pris par les banques et les sociétés de caution mutuelle. Pour ce faire, ce fonds recevra une dotation de démarrage de 70 millions de francs des pouvoirs publics, ce qui lui permettra de garantir dans un premier temps plus de 400 millions de francs de prêts participatifs. Pour bénéficier de cette garantie les prêts de banques ne devront pas dépasser certaines conditions de durée et de rémunération particulièrement intéressantes pour les entreprises. En premier lieu, le

(92) art. 26 de la même loi ; s'il y a plusieurs prêts de ce genre, ils sont placés sur le même rang pour les répartitions à intervenir.

(93) art. 27 de la loi.

(94) Rapport M. Blin, Sénat, n° 476, sur le projet de loi, annexé au procès-verbal de la séance du 27 juin 1978, p. 59.

(95) Communiqué du Ministère de l'Economie, 30 janvier 1980, Rev. Soc. 1980, 394. Selon une réponse ministérielle (n° 33 570, J. O. Déb. Ass. Nat. 27 octobre 1980, 4 545) ces prêts sont réservés « aux entreprises présentant certains critères de compétitivité, et sont écartées du bénéfice de ces concours les entreprises en difficulté pour lesquelles il existe d'autres procédures » ; P. Sarrazin, Le Fonds national de garantie pour les prêts participatifs et les prêts participatifs bancaires, Banque 1981, 63 ; cf. infra n° 355.

taux d'intérêt fixé ne pourra être supérieur à celui des prêts à long terme des institutions à statut légal minoré de deux points, soit à l'heure actuelle 10,40 %. Un intéressement pourra éventuellement compléter cette rémunération fixe. Il sera fonction de la progression au-delà d'un seuil d'exonération, des résultats bruts de l'entreprise. Cet intéressement sera toutefois plafonné de manière que le coût du prêt soit au plus égal à celui des prêts à long terme des institutions à statut légal majoré de deux points. Cet intéressement et l'intérêt fixe sont, depuis le vote de la loi de finances, entièrement déductibles au titre de l'impôt sur les bénéfices. Grâce à ce dispositif, les chefs d'entreprise pourront obtenir de leurs prêteurs habituels dans leur région des quasi-fonds propres, dans des conditions respectueuses de leur responsabilité. En outre, les sociétés de caution mutuelle, qui devront intervenir sans prise d'hypothèques ou de sûretés réelles, verront ainsi leur activité accrue et les services qu'elles rendent aux entreprises développés. Dès à présent un certain nombre de banques ont pris la décision de développer l'octroi de prêts participatifs dans le cadre ainsi tracé ».

2) Régime spécial des prêts participatifs consentis par les pouvoirs publics :

161 – Les prêts participatifs consentis par les pouvoirs publics sont inscrits au compte des prêts du Fonds de développement économique et social, pour un montant déterminé par la loi de Finances (96) ; leur régime est sensiblement le même que celui de la catégorie

(96) La loi de Finances pour 1979 a fixé le chiffre global à 500 millions de F., et il est question de doubler cette somme en 1980 : Rapport F. Icart sur le projet de loi relatif au soutien de l'investissement productif industriel, J. O. Déb. Ass. Nat., 11 mai 1979, p. 3 685 ; 22 prêts participatifs ont déjà été accordés, qui doivent permettre la réalisation de 980 millions de F. d'investissements et la création de 2 958 emplois : Rapport F. Icart, sur le même projet de loi, Ass. Nat., n° 1 037, annexé au procès-verbal de la séance du 3 mai 1979, p. 4 ; M. Monory, en dressant le bilan de l'action du Fonds spécial d'adaptation industrielle, a indiqué que sur les 3 milliards de F., dont le fonds avait été doté, 900 millions de F. avaient été engagés au titre de subventions, et 700 millions de prêts participatifs (Le Monde 25 août 1979, p. 18) ; au 31 décembre 1979, 107 entreprises ont reçu, dans le cadre de l'action du Comité Interministériel pour le Développement de l'Investissement et le Soutien de l'Emploi (C. I. D. I. S. E.), 161 millions de francs de prêts participatifs, contribuant au financement de près d'un milliard de francs d'investissements (Communiqué du 30 janvier 1980, préc.) ; selon M. P. Sarrazin (art. préc.) 800 millions de F. de prêts participatifs ont été attribués par l'Etat pour les années 1979 et 1980.

des prêts du régime général, notamment lorsqu'une procédure de concours est ouverte à l'encontre de l'emprunteur. Il a cependant semblé indispensable aux parlementaires d'ajouter une condition importante à l'octroi de ces fonds d'origine publique : des engagements précis et datés, en matière industrielle ou commerciale et financière doivent être pris par les dirigeants de l'entreprise (97) et respectés sous peine d'une exigibilité immédiate (98). Cette disposition légale transforme ces prêts en éléments d'un véritable plan de redressement, ou d'un plan d'investissements lorsqu'elle ne connaît pas de graves difficultés, et institue les prémices d'un contrôle de l'utilisation des fonds publics accordés aux entreprises.

Quelques dispositions particulières ont aussi été ajoutées au projet de loi déposé par le Gouvernement en ce qui concerne l'intérêt fixe et la participation aux bénéfices nets, qui ne peuvent, au total, être inférieurs au taux moyen des intérêts rémunérant les comptes courants des associés (99), et sont considérés d'un point de vue fiscal comme une charge de l'exercice, alors que l'article 29 de la loi limite la déductibilité des sommes versées dans le régime général.

162 - Ces prêts participatifs ressemblent pour partie à une augmentation de capital, sans en avoir les inconvénients, mais restent fondamentalement une opération de prêt d'un type spécial ; leur création est trop récente pour qu'il soit possible d'en mesurer l'efficacité et de savoir en particulier s'ils seront accordés par des sociétés à d'autres ou uniquement par l'Etat et les organismes de crédit qu'il contraindra à en consentir avec lui ?

Ils présentent un grand intérêt pratique et théorique. Le particularisme de leur régime juridique est révélateur de l'évolution du rôle des prêts à long terme ; ils ne s'analysent plus seulement comme des moyens pour les sociétés de se développer, voire de se redresser, mais ont pour fonction même de participer à la réussite d'un véritable plan de renfouement lorsqu'ils sont accordés à des entreprises en état de défaillance.

L'exigence légale d'un projet de redressement complet de l'entreprise pour les prêts participatifs consentis par l'Etat sera certainement reprise, en fait, dans le régime général et correspond à un plan

(97) art. 31 de la loi.

(98) à moins que l'entreprise ne soit soumise à une procédure collective : art. 31 al. 2 de la loi.

(99) art. 32 de la loi ; cf. la modicité des intérêts consentis aux entreprises sidérurgiques, supra n° 159.

global et complet. On a cherché, par l'élaboration d'une technique juridique originale, à permettre l'octroi de capitaux permanents, d'un coût financier réduit ou égal à celui du marché (100), sans les garanties obtenues généralement par les sûretés réelles, en prenant soin de protéger les créanciers actuels et futurs si une procédure de concours devait intervenir, tout en laissant aux actionnaires majoritaires le maximum de liberté pour exécuter le plan. Ce cumul d'avantages et la réduction corrélative des garanties auront sans doute pour résultat de réserver l'octroi de ces prêts aux pouvoirs publics et aux établissements de crédit qui dépendent de lui, et aussi pour effet de conduire à une véritable négociation d'un plan détaillé de redressement de l'entreprise (101); à défaut, ces nouveaux prêts ne constitueraient qu'une nouvelle forme de subventions à fonds perdus...

Si les bailleurs de fonds ne deviennent pas des gestionnaires de l'entreprise, ils surveillent la bonne exécution des engagements pris, et le lien établi entre les projets économiques, sociaux et financiers, et l'octroi de ces prêts exprime bien l'importance de leur rôle curatif à côté de leur mission préventive (102).

163 – Les différents emprunts à long terme, lorsqu'ils sont obtenus par une entreprise en état de difficulté, n'ont pas seulement pour rôle de prévenir l'aggravation de la situation et de permettre le redressement financier, mais sont aussi liés à la recherche de solutions plus durables et générales visant à porter remède aux causes elles-mêmes. Ils se révéleront souvent insuffisants pour réaliser le renfouement espéré et ils se heurteront en particulier au refus des éventuels bailleurs de fonds de prêter leur concours tant que le capital social n'aura pas été mis en harmonie avec la situation réelle.

(100) la clause de participation aux bénéfices semble quelque peu théorique lorsque ces prêts sont accordés en vue de renflouer une entreprise en difficulté.

(101) En règle générale, les pouvoirs publics attendent le dépôt du bilan de l'entreprise, afin qu'il y ait rupture juridique et patrimoniale au sein de la société sous le contrôle des tribunaux, pour accorder des aides et des crédits (Rép. Min. n° 9 234, J. O. Déb. Ass. Nat. 1 septembre 1979, p. 7 021), voir cependant l'évolution récente sur ce point : infra n° 231.

(102) 10 millions de F. de prêts participatifs ont été consentis à la nouvelle *Société Manu-france*, cf. infra n° 282.

II. LES VARIATIONS DU CAPITAL SOCIAL :

164 – La notion de capital social a subi une évolution depuis la loi de 1867 jusqu'à nos jours (103) en raison du phénomène d'érosion monétaire, de la possibilité de rachat par la société de ses propres actions, des participations croisées ou circulaires entre sociétés et de la création de titres nouveaux en 1978 : les actions à dividende prioritaire sans droit de vote. Notion plus économique que strictement juridique, le capital social représente une garantie pour les créanciers, notamment lorsque la responsabilité des associés est limitée à leurs apports, et aussi pour les actionnaires ; de ce fait, il a une certaine fixité (104). Sauf au moment précis de la constitution de la société, il se distingue de l'actif social, qui lui est en principe largement supérieur ; si la situation inverse se présente, il est porté atteinte au gage des créanciers par une apparence trompeuse et pour mettre fin à cette situation on procède à une réduction ou à une augmentation du montant du capital social, opérations assez strictement réglementées afin d'assurer la protection des tiers et des actionnaires. Elles s'avèrent délicates lorsque l'entreprise est en état de difficulté, mais indispensables pour prévenir l'aggravation de la situation et favoriser un véritable renfouement.

A. La réduction du capital social :

165 – La réduction du capital social est le plus souvent opérée à la suite du constat des pertes subies par la société (105) et elle tend à mettre l'estimation du fonds social en harmonie avec la réalité ; cet assainissement de la situation lui permet de fixer à sa juste valeur le gage des

(103) Colloque des 3-5 mars 1977, organisé par l'Université de Paris II, Le capital social : grandeur ou décadence ?, compte-rendu à la Gaz. Pal. 16-17 mars 1977, p. 18, et Rapport A. Plas, Le capital social et l'érosion monétaire, Gaz.-Pal. 17-19 juillet 1977, p. 2.

(104) Les idées classiques de réalité et d'intangibilité du capital social sont reprises par la 2^e Directive des Communautés Européennes sur l'harmonisation du droit des sociétés, n° 77-91 du 13 décembre 1976 ; cf. infra n° 167.

(105) L'hypothèse d'une société qui trouve son capital trop élevé et en restitue le surplus à ses actionnaires est rare : P. Didier, Droit commercial, préc., p. 466.

créanciers et éventuellement de reprendre la distribution de dividendes à ses actionnaires si la société réalise par la suite des bénéfices.

166 – La réduction ne doit pas être telle qu'elle conduise à fixer le capital social au-dessous du montant minimum exigé par la loi (106) ; tout intéressé pourrait alors demander en justice la dissolution de la société, après avoir mis en demeure les représentants légaux de régulariser la situation, en procédant dans le délai d'un an à une augmentation de capital ou à une transformation en une autre forme de société.

167 – Si l'actif net de la société est devenu inférieur au quart de son capital social, c'est-à-dire que l'on constate la perte des trois-quarts de son capital (107), la réduction est obligatoire ; dans les quatre mois de l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette situation, le conseil d'administration ou le directoire doivent convoquer une assemblée générale extraordinaire, qui peut décider la dissolution de la société, ou la continuation de l'exploitation si elle considère que ces pertes ne sont que passagères, ou la réduction du capital social ; au plus tard, dans les deux ans qui suivent, il faut reconstituer l'actif à concurrence du quart au moins du capital social (108) ou bien procéder à sa réduction. Cette proportion de pertes est considérable et il est le plus souvent impossible de redresser une entreprise qui doit la constater autrement que par des mesures de réorganisation totale de ses unités de production, des apports de capitaux nouveaux, et même généralement par une absorption pure et simple.

L'article 17 de la Deuxième Directive des Communautés Européennes (109) a fixé l'importance de la perte conduisant à une convocation de l'assemblée générale à la moitié du capital, et cette exigence figure dans le

(106) art. 35 et 71 de la loi du 24 juillet 1966 ; cf. supra n° 53.

(107) art 68 pour les S. A. R. L., 251 pour les commandites par actions et 241 pour les sociétés anonymes.

(108) Lorsque l'actif est reconstitué, la mention de la perte peut être effacée du registre du commerce à la demande de la société intéressée, sans qu'une insertion préalable dans un journal d'annonces légales soit nécessaire : Trib. Com. Paris, Ord. juge commis à la surveillance du registre du commerce, 17 janvier 1979, J. C. P. 1979, II, 19 167, note Y. Guyon, Rev. Soc. 1979, 316, note M. Guilberteau.

(109) 2^e Directive des Communautés Européennes sur l'harmonisation du droit des sociétés, n° 77/91 du 13 décembre 1976 (en principe applicable au 1^{er} janvier 1979), J.O.C.E., L. 26, 31 janvier 1977, J. C. P. 1977, III, 45 383 ; commentaires : R. Houin, Rev. trim. dr. com. 1978, 115, spéc., p. 119, Rev. trim. dr. européen 1978, 728, spéc., p. 732 ; A. Cordoliani, J. C. P. 1978, éd. C. I., II, 12 649, n° 29 ; J. Denecker, Rev. Soc. 1977, 661, n° 21 ; G. Delmotte, Journ. Not. 1977, 869.

projet de loi relatif à la prévention des difficultés des entreprises (110), qui propose de rendre plus contraignantes les mesures permettant la reconstitution des fonds propres des entreprises ou la réduction du capital ; dès que les commissaires aux comptes constateront l'importance de ces pertes, ils devront intervenir (111) et dans l'année qui suit le constat, le conseil d'administration doit avertir le Président du Tribunal de commerce.

168 – Le même projet de loi tente en même temps de remédier à cette situation, en obligeant les organes de direction de la société à surveiller la dégradation de la situation de l'entreprise (112) en comparant systématiquement les actifs nets des exercices ; si ces derniers sont inférieurs d'un tiers à la moyenne des trois derniers exercices précédents, les dirigeants sont tenus dans le mois suivant l'approbation des comptes d'en informer le Président du Tribunal de commerce (113).

Ces propositions de réforme sont insérées dans un ensemble de mesures tendant à prévenir la survenance de difficultés insurmontables, par une augmentation importante des pouvoirs et du rôle des commissaires aux comptes et du Président du Tribunal de commerce.

169 – La réduction du capital social peut aussi être volontaire, lorsque l'importance des pertes ne la rend pas nécessaire. Elle est une sorte d'« opération-vérité », souvent réalisée avant de procéder à une augmentation de capital ; la valeur vénale des actions dépendant du montant de l'actif qui se trouve dans ce cas inférieur à la valeur nominale calculée sur le montant du capital, on réduit cette dernière valeur du chiffre des pertes enregistrées et l'augmentation de capital devient possible à la valeur réelle des actions.

L'opération de décroissance du capital ne peut se réaliser au moyen d'un achat par la société de ses propres actions en vue de les annuler ensuite ; si l'article 217 de la loi du 24 juillet 1966 autorise, dans des limites

(110) Projet de loi n° 974, préc. supra n° 53 ; Rép. Min. n° 37 541, J. O. Déb. Ass. Nat., 10 sept. 1977, 5 514, J. C. P. 1978, IV, 145, Rev. Soc. 1977, 767.

(111) art. 8 et 9 du projet de loi : cette perte constitue l'un des « indices » retenus pour que le commissaire aux comptes puisse intervenir, cf. supra n° 52 et s.

(112) La C. O. B., Bull. n° 79, février 1976, avait déjà souhaité que les sociétés dont la situation nette subit une variation importante ou anormale entre deux exercices accompagnent la publicité de leurs résultats comptables de celle d'un tableau des variations de leur situation nette ; cf. obs. C. Champaud, Rev. trim. dr. com. 1976, 525.

(113) art. 3 du projet de loi.

très précises (114), un tel rachat, il demeure exclu en cas de pertes constatées.

170 – La réduction diminue le montant nominal des actions ou leur nombre, et la loi de 1966 a enfermé cette opération dans des conditions très strictes (115) afin d'assurer la protection de l'égalité entre les actionnaires (116) et le respect des règles imposées pour la modification des statuts, sous peine de sanctions pénales (117).

Dès lors qu'elle est réalisée, la réduction s'impose aux actionnaires, aux obligataires et aux créanciers, puisqu'elle traduit le constat d'une situation de fait. Le droit d'opposition, reconnu au représentant des obligataires et aux créanciers ne peut être exercé lorsque la réduction se trouve motivée par des pertes (118).

Cette opération d'assainissement ne constitue le plus souvent qu'un préalable nécessaire à une augmentation de capital.

B. Les augmentations du capital social :

171 – L'augmentation du capital constitue pour une entreprise en difficulté l'un des moyens de se procurer des ressources, sans avoir les charges d'un emprunt ; elle est même l'une des seules possibilités lorsque les prêteurs éventuels refusent leur concours, subordonnent leurs prêts à une augmentation préalable du capital, ou si la charge financière de ces emprunts s'avère trop lourde en raison de l'état d'endettement de la société et de l'impossibilité d'offrir les sûretés demandées.

(114) art. 217-1, 217-2 et s. de la loi du 24 juillet 1966, et art. 63 al. 4 de la loi pour les S. A. R. L. ; *adde* : J. C. Coviaux, L'achat par une société de ses propres actions. Dix ans de droit de l'entreprise, préc., p. 187.

(115) art. 215 de la loi du 24 juillet 1966, et 179 et s. du Décret du 23 mars 1967.

(116) cette protection est reprise par la 2^e directive des Communautés Européennes, précitée.

(117) art. 454-1^o de la loi du 24 juillet 1966 ; c'est même la seule hypothèse dans laquelle la rupture de l'égalité entre les actionnaires soit incriminée pénalement : J. Hémard, F. Terré et P. Mabilat, Sociétés commerciales, préc., T. II, n^o 692.

(118) art. 216 de la loi du 24 juillet 1966.

Les moyens techniques permettant de la réaliser sont nombreux et variés, selon que les fonds utilisés ont une origine interne ou externe à la société, et en fonction de leur importance ; les inhibitions que l'on constate à propos de ces opérations tiennent à la fois à leurs incidences fiscales et à la crainte d'un changement de majorité ou d'une prise de contrôle par le ou les apporteurs de capitaux. De même qu'une nouvelle forme de prêts a été instituée récemment (119), le législateur a créé une nouvelle catégorie d'actions, à dividende prioritaire sans droit de vote, afin de favoriser la reconstitution des fonds propres des entreprises, sans bouleverser les situations acquises par les associés majoritaires.

1) Les augmentations de capital classiques :

172 – Certaines techniques auront sans doute déjà été utilisées par les dirigeants de l'entreprise avant le constat de l'importance des pertes ; tel est le cas de l'augmentation du capital par incorporation de ses réserves, bénéfices ou provisions (120), qui est une opération comptable se traduisant par une augmentation de la valeur nominale des actions anciennes ou la distribution d'actions gratuites, avec les difficultés posées par les rompus (121). La société aura déjà eu recours, si elle le pouvait, à l'émission d'obligations convertibles ou échangeables en actions (122), ou procédé à une réduction du capital social (123).

(119) cf. les prêts participatifs, *supra* n° 158.

(120) art. 180 al. 2 de la loi du 24 juillet 1966 ; la loi 78-741 du 13 juillet 1978, préc. (art. 812-I C.G.I.) a réduit de 12 % à 3 % le taux du droit d'enregistrement des augmentations de capital par incorporation des réserves, dans la limite d'un montant annuel d'un million de francs, pour les opérations enregistrées après le 30 juin 1978 ; cette mesure est moins orientée vers l'augmentation des fonds propres des entreprises que vers leur consolidation ; ce nouveau taux de 3 % est ramené à 2 % lorsque cette augmentation est accompagnée, précédée ou suivie d'une augmentation en numéraire d'un montant au moins égal à celui de l'incorporation, pour les opérations enregistrées avant le 1er janvier 1982, dans la limite d'un million de francs ; B. Jadaud, art. préc., n° 62 ; Rép. Min. n° 11 229, J. O. Déb. Ass. Nat. 7 juin 1979, p. 4 835 ; Com. 20 février 1978, Rev. Soc. 1978, 756, note B. Bouloc, Bull. IV, n° 70, p. 56, J. C. P. 1978, IV, 137.

(121) l'article 194 de la loi du 24 juillet 1966 s'efforce de régler la question en créant un droit d'attribution négociable.

(122) cf. *supra* n° 150.

(123) cf. *supra* n° 169.

173 – La compensation peut aussi être utilisée ; un créancier de la société accepte de souscrire à une augmentation de capital en numéraire et par compensation avec sa créance devient associé (124). Pour un fournisseur, ce procédé suppose une certaine confiance dans la viabilité de l'entreprise et la compétence de ses dirigeants, ou son intention de participer au capital de la société et éventuellement d'en prendre ultérieurement le contrôle.

L'augmentation du capital par compensation avec des créances peut aussi être le fait d'actionnaires de la société (125) ou d'associés ayant consenti une avance en compte (126).

L'opération n'est permise que si elle a été autorisée expressément ou implicitement, c'est-à-dire non exclue formellement, par l'assemblée générale extraordinaire (127), à condition que la dette soit compensable (liquide et exigible) (128) et que l'on respecte les dispositions des articles 192 de la loi du 24 juillet 1966 et 166 et suivants du Décret du 23 mars 1967 (129).

174 – La loi de Finances pour 1977 a favorisé la capitalisation des avances en comptes (130) des associés par voie de compensation en prévoyant un droit fixe d'enregistrement de trois cents francs depuis le 1^{er} janvier 1979, remplaçant le droit d'apport d'un pour cent, dès lors que ces avances ont été consenties à la société pendant une durée de douze mois au moins et par des associés possédant en droit ou en fait la direction de l'entreprise, et à la condition

(124) J. Hémar, F. Terré et P. Mabilat, op. cit., n° 453 et s. ; F. Derrida, Concordat préventif et droit français, préc., n° 25. Elle est admise par l'article 178 al. 2 de la loi du 24 juillet 1966.

(125) cf. aussi le problème voisin de la libération du non-versé par un actionnaire lors de la constitution de la société par voie de compensation légale ; la Cour de cassation s'est montrée favorable à cette compensation, *contra* : Paris 27 septembre 1977, Rev. Soc. 1978, 728, note J. J. Burst, D. 1978, I. R., 250, obs. J. C. Bousquet, et les références citées.

(126) cf. *supra* n° 155.

(127) Com. 1 avril 1970, J. C. P. 1970, II, 16 393.

(128) art. 1 291 C. civ.

(129) Il faut une déclaration notariée et un arrêté de compte des dettes certifié exact par le commissaire aux comptes ; ce dernier n'a pas à attester que la société est *in bonis*, cf. E. du Pontavice, la mission du commissaire aux comptes en cas d'augmentation du capital par compensation avec des créances et la signification de l'expression « *in bonis* », Bull. Cons. Nat. Com. Comptes 1973, n° 10, p. 269.

(130) art. 812 A Code général des impôts.

que l'augmentation du capital soit réalisée avant le 31 décembre 1980.

175 – Les autres moyens de procéder à une augmentation du capital (131) par voie d'apports en numéraire ou en nature, sont réglementés minutieusement par les articles 178 et suivants de la loi du 24 juillet 1966 et 154 et suivants du Décret du 23 mars 1967 ; le droit préférentiel de souscription des actionnaires en cas d'apports en numéraire (132) permet de maintenir l'équilibre initialement réalisé entre eux, à moins qu'ils n'y aient renoncé (133).

176 – Les principales difficultés que l'on rencontre en ce domaine, et dont les incidences sont encore plus notables lorsque l'entreprise n'est pas très prospère, tiennent au coût fiscal de l'opération et au risque d'une prise de contrôle ; sur ces deux points, des modifications importantes sont intervenues récemment pour réduire les inconvénients constatés.

Le droit d'enregistrement des apports en numéraire est fixé à un pour cent, et des apports en nature à 8,60 %. La loi du 13 juillet 1978 (134) – en plus des dispositions favorisant l'augmentation du capital par incorporation des réserves (135) et par capitalisation des avances des associés (136) – a autorisé la déduction des dividendes rémunérant les investissements en capital dans les sociétés. Pour celles qui sont soumises à l'impôt sur les sociétés et qui augmenteront leur capital avant le 31 décembre 1981 – comme dans le cas de création de sociétés nouvelles (137) – les dividendes alloués aux titres sociaux émis à cette occasion pourront être déduits de leurs bénéfices imposables pendant les sept premiers exercices à compter de la date d'augmentation, et les dix

(131) P. Didier, *op. cit.*, p. 449 ; J. Hémard, F. Terré et P. Mabilat, *op. cit.*, T. II, n° 398 et s ; cf. les chiffres cités *infra* n° 355.

(132) art. 185 de la loi du 24 juillet 1966 ; A. Jauffret, La modification du capital émis dans les sociétés anonymes notamment du point de vue des droits de souscription préférentielle, *Rev. trim. dr. com.* 1974, 183.

(133) J. Hémard, La suppression du droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital dans les sociétés anonymes, *Mélanges A. Jauffret*, 1974, 393, cf. *supra* n° 53.

(134) citée *supra* n° 158.

(135) cf. *supra* n° 172.

(136) cf. *supra* n° 174.

(137) cf. *infra* n° 229 et s.

premiers lorsqu'elle est faite avec une émission d'actions à dividende prioritaire. Cette déduction ne doit cependant pas excéder 7,50 % du capital augmenté, par exercice.

Ainsi, par des incitations directes le législateur tend-il à favoriser les augmentations de capital des sociétés et par ce moyen leurs investissements ainsi que leur redressement financier.

2) Les actions à dividende prioritaire sans droit de vote :

177 – La même loi du 13 juillet 1978 a créé une nouvelle catégorie de titres : les actions à dividende prioritaire sans droit de vote (138). Pour la première fois en droit français (139), au lieu de recourir au vote plural souhaité par les praticiens, apparaît une catégorie d'actions privées du droit de vote ; l'augmentation de capital peut être réalisée sans risque, au moins immédiat, pour les actionnaires majoritaires de perdre le contrôle de la société.

Une nouvelle analyse de la notion d'associé a été proposée (140) selon laquelle les critères seraient en premier lieu un apport et en second un droit d'intervention dans les affaires sociales (141), droit exprimé par une information et un contrôle, mais pas nécessairement par un droit de vote. Si on admet cette proposition, on peut considérer que les porteurs de ces titres conservent la qualité d'actionnaires. Cette analyse se trouve d'ailleurs confirmée par le régime juridique retenu pour ces titres, et le caractère conditionnel de cette privation du droit de vote : dès lors que les dividendes prioritaires dus au titre de trois exercices n'auront pas été intégralement versés, les titulaires de ces actions recouvrent leur droit de vote et ce jusqu'au moment où pendant trois années des dividendes leur auront été à nouveau versés (142).

(138) Loi 78-741, préc., art. 14 et s. ; commentaires de : C. Jauffret-Spinosi, *Rev. Soc.* 1979, 25, B. Jadaud, art. préc., n° 76, R. Houin, *Rev. trim. dr. com.* 1978, 123, J. C. P. 1979, éd. C. I., 7 696, M. Boularan, *Au-delà de l'action prioritaire sans droit de vote*, J. C. P. 1979, éd. N., I, p. 117.

(139) cf. C. Jauffret-Spinosi, préc., p. 27 pour les exemples étrangers et p. 28 pour les projets en France avant 1978.

(140) A. Viandier, *La notion d'associé*, Préf. F. Terré, *Bibl. dr. privé*, L. G. D. J., 1978.

(141) l'art. 1 844 nouv. C. civ. reconnaît à tout associé le « droit de participer aux décisions collectives ».

(142) art. 269-3 nouv. de la loi du 24 juillet 1966.

178 - L'émission de tels titres présente pour les souscripteurs l'avantage d'une rémunération plus importante que celle des actions ordinaires, et pour les sociétés, plus particulièrement d'importance familiale (143), elle permet de préserver le pouvoir de ceux qui les contrôlent. La création de ces titres tente ainsi de concilier les intérêts des apporteurs de capitaux et des dirigeants majoritaires.

179 - Ils ne peuvent être émis que par des sociétés anonymes, ou en commandites par actions, cotées ou non en Bourse, dans la limite maximum du quart du capital social (144) et en l'absence d'obligations convertibles en actions; les principaux dirigeants et membres de leur famille ne peuvent en détenir (145); l'opération est décidée par l'assemblée générale extraordinaire et n'est permise que si la société a distribué au moins deux dividendes au cours des trois derniers exercices sociaux (146); il est possible de prévoir une faculté de rachat de ces actions par la société (147) et toute une série de dispositions protègent les souscripteurs en cas de nouvelle augmentation du capital (148), de sa réduction (149) ou de liquidation de la société (150), ces conditions étant sanctionnées pénalement (151).

180 - En contrepartie de leur abandon du droit de vote, ces actionnaires bénéficient du droit à un dividende prioritaire (152), très précisément réglementé, prélevé avant la répartition des dividendes

(143) Rapport F. Icart, n° 390, préc., p. 24, et Rapport M. Blin, n° 476, Sénat, préc., p. 58.

(144) art. 269-1 nouv. de la loi du 24 juillet 1966.

(145) art. 269-6 nouv. : une société mère détenant 80 % des actions de sa filiale ne devrait pas souscrire de telles actions, selon l'avis de la C. O. B. (Bull. C. O. B. n° 123, février 1980, p. 6, Bull. Cons. Nat. Com. Comptes 1980, n° 37, 42).

(146) art. 177-1 al. 2 nouv. (texte résultant d'un amendement du Sénat).

(147) art. 269-8 nouv.

(148) l'art. 269-5 nouv. leur reconnaît un droit préférentiel de souscription.

(149) art. 269-7 al. 2 nouv.

(150) art. 417-1 nouv.

(151) art. 467-1 nouv. et s.

(152) art. 269-2 nouv.

ordinaires et cumulé avec ceux-ci ensuite ; ces dividendes prioritaires ont même un caractère cumulatif, c'est-à-dire que la part non versée lors d'un exercice est reportée sur les exercices suivants et bénéficie à son tour d'un paiement prioritaire.

La participation de ces actionnaires aux délibérations de la société est extrêmement limitée, puisqu'ils n'ont pas de droit de vote ; ils restent cependant des actionnaires et sont réunis en une assemblée spéciale (153) qui peut émettre des avis avant toute décision de l'assemblée générale des actionnaires ordinaires ou désigner un mandataire chargé de les représenter ; ils interviennent aussi lorsqu'une décision est prise pour modifier leurs droits (154) en particulier à l'occasion de nouvelles augmentations du capital (155) ; l'accord de l'assemblée est requis lorsqu'une modification des statuts ultérieure ouvre le droit au rachat des actions à dividende prioritaire (156). En outre, ils ont tous les droits des actionnaires à l'exception du droit de vote, notamment le droit d'information, celui de demander la nomination d'un expert de minorité (157) ou d'exercer l'action sociale *ut singuli* (158).

181 – Ces nouveaux titres présentent cependant plusieurs inconvénients : les actionnaires minoritaires, qui ne pourront empêcher l'émission risquent de perdre une part de leurs dividendes futurs, les dirigeants pouvant s'efforcer d'assurer le paiement de ceux qui sont prioritaires afin d'éviter la renaissance du droit de vote de leurs porteurs, ou procéder à la constitution de réserves avec le surplus des bénéfices ; si les dividendes prioritaires ne peuvent être versés, les porteurs de ces titres deviendront des actionnaires à part entière, mais minoritaires, puisque la loi fixe un seuil au pourcentage de ces titres. On est ainsi en présence d'actions privées de droit de vote

(153) art. 269-4 nouv. ; le décret d'application, étudié pendant un an (Rép. Min. J. O. Déb. Sénat. 1 mars 1979, p. 339, Rev. Soc. 1979, 412) a été publié au J. O. le 29 juillet 1979 : D. 79-641 du 27 juillet 1979, J. C. P. 1979, III, 48 864.

(154) art. 269-4 al. 5 nouv.

(155) art. 269-5 al. 1 et 2 nouv.

(156) art. 269-8 al. 2 nouv.

(157) art. 226.

(158) Le projet de loi n° 974, préc. supra n° 53, propose un article 226-1 permettant à des actionnaires représentant un dixième du capital social de poser des questions aux organes de direction sur tout fait « significatif révélant une évolution préoccupante » ; cette action serait ouverte aux actionnaires à dividende prioritaire sans droit de vote.

lorsque la situation financière est florissante, qui recouvrent ce droit si la société éprouve des difficultés, en attendant que le retour à la prospérité les prive à nouveau de leur pouvoir de participer à la gestion. Cette dissociation incomplète entre le profit et le droit de vote semble rendre inapplicables ces nouvelles possibilités aux entreprises en difficulté ; l'existence de la distribution de dividendes antérieurement à l'émission de ces titres confirme une telle analyse.

182 – On peut observer que si le régime fiscal actuel des bénéfices des sociétés n'incite guère à la distribution de dividendes, la déduction fiscale des dividendes, augmentée par l'article 10 de la loi du 13 juillet 1978 aux dix premiers exercices en cas d'émission d'actions à dividende prioritaire (159), est de nature à modifier la stratégie des principaux actionnaires. Ceux-ci pourront souhaiter l'apport de fonds propres sans droit de vote, nécessaires au développement de l'entreprise, et faire en sorte que cette émission soit possible, c'est-à-dire distribuer des dividendes deux ans auparavant, même d'un montant assez faible ; les avantages représentés par ces nouveaux titres peuvent convaincre les responsables des sociétés anonymes de rationaliser la gestion pour faire apparaître des bénéfices distribuables (160) et établir un projet d'investissement ou de redressement réalisé grâce aux fonds recueillis ensuite par l'émission de ces actions. L'objectif des auteurs de ces nouveaux titres consistait à consolider les fonds propres des entreprises, notamment des sociétés familiales, mais n'exclut pas l'application à une entreprise en état de difficulté, qui trouve dans cette forme d'augmentation de son capital social les moyens de renfouement nécessaires et doit pour cela faire un effort important de réorganisation de sa gestion et de prévision.

Les avantages fiscaux consentis pour les dix premiers exercices qui suivent l'émission des actions à dividende prioritaire sans droit de vote s'ajoutant à ce véritable plan de redressement de la société,

(159) cf. *supra* n° 177.

(160) Il a été proposé de prendre en compte, pour autoriser l'émission des actions à dividende prioritaire sans droit de vote, l'existence de bénéfices pendant les deux exercices précédents et non plus seulement la distribution de dividendes ; on assurerait ainsi un meilleur développement de ces titres, plus spécialement lorsque l'entreprise connaît des difficultés temporaires : Proposition de loi de M. Inchauspé, n° 1 235, Ass. Nat., annexée au procès-verbal de la séance du 28 juin 1979.

peuvent concourir à l'utilisation de cette nouvelle catégorie dans le cas d'une entreprise en difficulté (161).

(161) Afin de réaliser un programme d'investissements, et plus spécialement à l'occasion d'une prise de participation des Sociétés de développement régional, il est proposé de recourir aux actions de priorité amortissables : cf. Rapport J. Mayoux, *préc.*, p. 273, M. Diener, *Les actions de priorité amortissables, Dix ans de droit de l'entreprise, préc.*, p. 161.

CONCLUSION DU SOUS-TITRE I :

183 – Les divers moyens permettant de faire varier le montant du capital social, plus particulièrement lorsque l'entreprise connaît des difficultés financières, s'appliquent à l'évidence selon chaque cas particulier ; les nombreuses incitations fiscales tendant à aider les sociétés à reconstituer et accroître leurs fonds propres ont été rendues nécessaires à la suite du constat de la dégradation de la structure des bilans ; la création de nouveaux titres de prêts et d'actions essaie de cumuler un certain nombre d'avantages, tout en réduisant les inconvénients issus de ces catégories hybrides de titres.

Ce processus d'adaptation des techniques aux besoins de la pratique souffre cependant d'une vision insuffisante des problèmes posés par les entreprises à notre époque ; plutôt que de multiplier la création de titres intermédiaires entre les prêts classiques et les apports purs et simples de capitaux, de procéder par éparpillement des déductions fiscales, il serait sans doute préférable de faire précéder les réformes d'une recherche de l'ensemble des problèmes, de leurs causes, des solutions envisageables et de leur coût.

184 – Il n'en est pas moins intéressant de relever que le renflouement financier des entreprises en difficulté prend pour l'heure des formes extrêmement variées et que ces techniques principalement préventives ont un rôle curatif marqué ; les transformations apportées aux techniques classiques du droit des contrats, du droit des sociétés, ainsi que l'utilisation de la fiscalité, sont le résultat d'une recherche constante d'une plus grande efficacité, au travers de la prise en compte de la nécessité de porter remède aux difficultés et non pas seulement de tenter de prévenir l'aggravation de la situation. C'est en réalité tout un plan général de redressement économique et financier qui est établi et dont l'existence conditionne ou permet l'utilisation des moyens de renflouement financier.

Le caractère conjoncturel de l'ensemble de ces techniques ne permet de traiter qu'une partie des difficultés que connaît l'entreprise ; le plus souvent, l'aspect financier ne constitue que la manifestation extérieure d'autres facteurs de défaillance, notamment des défauts structurels de l'entreprise. La transformation des structures juridiques, conjuguée avec les techniques conjoncturelles, ou rendue nécessaire pour l'efficacité de certaines d'entre elles, est indispensable au redressement durable de l'entreprise.

SOUS-TITRE II. LES TECHNIQUES STRUCTURELLES

185 – Parmi les différentes causes des difficultés des entreprises (1) certaines, non exclusivement financières, appellent des solutions particulières ; au premier rang d'entre elles figure une gestion défectueuse, provoquée fréquemment par l'incompétence des dirigeants ou l'insuffisante adaptation de leurs méthodes à la dimension de l'entreprise. On peut éviter la liquidation pure et simple grâce à des apports de capitaux ou d'autres techniques financières ; mais bien souvent ils ne pourront être trouvés en raison de la défiance des prêteurs potentiels, ou se révéler insuffisants et inutiles à terme.

Des changements atteignant la structure même de l'entreprise sont nécessaires et ils diffèrent selon qu'elle est exploitée à titre individuel ou sous forme de société. Dans la première situation, le ou les dirigeants sont le plus souvent en même temps propriétaires des moyens de production et il est *a priori* impossible de les évincer sans les déposséder de leur propriété personnelle. La persévérance dans l'erreur de la part de responsables qui refusent de « passer la main » est alors bien souvent la cause directe d'un échec grave et de ses conséquences funestes. Dans le second cas, on constate fréquemment une concentration entre les mêmes mains du pouvoir et des capitaux, notamment dans les entreprises familiales, qui empêche le remplacement des dirigeants, à moins d'un renversement des alliances entre les autres associés ; cette impossible éviction de dirigeants incapables peut être à l'origine de graves conflits internes, d'une paralysie pure et simple des organes sociaux ou d'un immobilisme dangereux.

(1) cf. supra n° 30 et s. Pour la question de la transmission des entreprises familiales, en particulier par voie de succession, cf. infra n° 317.

Dans les deux cas, à défaut d'acceptation par les dirigeants en place des mesures indispensables, la solution ne pourra être trouvée qu'en ayant recours à des interventions extérieures à l'entreprise.

Elle peut aussi être victime de sa dimension, trop réduite ou au contraire excessive, et diverses techniques permettent de résoudre cette difficulté particulière.

186 – Dans tous ces cas, des actions portant sur les structures sont indispensables si l'on souhaite éviter la dissolution de la société pour mésintelligence entre associés, ou le cheminement inéluctable vers une procédure de concours.

Les mesures prises dépendent non seulement des causes spécifiques des difficultés, mais aussi de la gravité de la situation : il peut être utile de recourir, au moins dans un premier temps, à de simples mesures provisoires, qui affectent la direction sans transformer totalement les structures : l'objectif de prévention de l'aggravation des difficultés est ainsi atteint par divers moyens, tels que l'administration provisoire ou la location-gérance. On constate cependant que le rôle curatif de ces techniques est sans cesse présent, et conduit à considérer ces moyens en tant qu'éléments à part entière d'un processus de renfouement et non pas sous le seul aspect dilatoire qu'ils revêtent à première vue.

187 – Une action plus directe sur les structures intervient lorsque l'entreprise individuelle prend la forme d'une société commerciale et que les apports de capitaux nouveaux provoquent des changements importants dans la direction et la gestion ; il en est de même par suite d'une modification de la forme juridique initiale d'une société, effectuée afin de l'adapter à sa dimension réelle. Dans certains cas, la forme juridique de l'entreprise disparaît purement et simplement au profit d'une autre société, tout en préservant en totalité ou en partie les unités de production. Cette opération de fusion-absorption se caractérise par son rôle essentiellement curatif et sera étudiée avec les autres techniques principalement curatives.

Ces différentes opérations, par leur complexité et leur caractère global, illustrent parfaitement la liaison entre la fonction préventive et curative : elles réalisent par la même opération cette double mission en faisant usage de dispositions du droit commun et en mettant en évidence l'importance contemporaine de l'intervention des autorités judiciaires.

188 – Après l'étude des mesures provisoires (Chapitre I) les techniques de transformation des structures de l'entreprise (Chapitre II) seront envisagées.

CHAPITRE I.

LES MESURES PROVISOIRES

189 – L'inaptitude des dirigeants ou leurs erreurs de gestion peuvent avoir, indépendamment d'autres causes, des conséquences graves et mettre en péril la vie de l'entreprise ; celle-ci peut être encore viable économiquement et redressée, ne serait-ce que grâce à un renouvellement de l'équipe dirigeante ou en confiant l'exploitation de tout ou partie de l'actif à des tiers.

Deux techniques différentes permettent de réaliser cet objectif : l'administration provisoire et la location-gérance ; elles diffèrent notablement en bien des points et, si elles n'ont pas été conçues pour favoriser le renflouement des entreprises en difficulté, elles sont particulièrement utiles dans ce genre de situation.

Il peut en effet être indispensable de confier à un administrateur provisoire, judiciairement nommé, le soin de gérer une entreprise dont on constate que ses organes de gestion sont, en droit ou en fait, dans un état de vacance. La mission provisoire qui lui sera confiée consistera à favoriser le retour à une situation normale ; mais son rôle peut être plus important et aller jusqu'à rechercher et négocier un véritable plan de renflouement de l'entreprise.

De même, le contrat de location-gérance réalise un transfert de l'exploitation du fonds de commerce, ou de certaines unités de production, à une personne physique ou morale, ou à une société d'exploitation constituée à cet effet ; dans tous les cas, il constitue plus qu'une simple mesure

provisoire et, que ce contrat soit conclu par les dirigeants de l'entreprise ou un administrateur provisoire, il peut jouer un rôle curatif important, et à plus forte raison, lorsque la location-gérance mène à une cession pure et simple du fonds loué.

SECTION 1. L'ADMINISTRATION PROVISOIRE

190 – La nomination en justice d'un administrateur provisoire (2) d'origine prétorienne, n'a pas été consacrée en droit commercial (3) ; ce silence législatif est considéré comme une « marque de sagesse » de nature à assurer la souplesse nécessaire à une institution (4) qui porte directement atteinte à la souveraineté des associés ou au droit de propriété de l'entrepreneur individuel (5). L'intrusion d'un tiers dans la vie de la société est exorbitante (6) et selon la théorie classique, elle est et doit rester tout à fait exceptionnelle et n'intervenir qu'après l'échec des procédures ordinaires de règlement des conflits ou des difficultés. (7)

(2) Encycl. Dalloz, Rép. Soc., V° Administrateur provisoire, 1970, A. Chassagnon et P. Desmottes ; Juris-Cl. Soc. Fasc. 133 E, par Y. Guyon, Ripert et R. Roblot, op. cit., T. I, n° 1 265, M. de Juglart et B. Ippolito, op. cit., 2° vol., n° 710-2, P. Didier, op. cit., p. 408, Y. Chartier, La gestion et le contrôle des sociétés anonymes dans la jurisprudence, Lib. Techn., 1978, n° 36 ; J. P. Ravalec, L'administrateur judiciaire près le tribunal de commerce. Manuel de droit usuel, Dalloz, 1972 ; C. de Buttet, L'administration provisoire des sociétés commerciales, thèse, Lyon, dactyl., 1970. Y. Chassagnon, L'intervention judiciaire dans les entreprises en difficulté, Technique et Documentation, 1980.

(3) cf. art. 815-6 al. 3 C. civ., issu de la loi du 31 décembre 1976 relative à l'indivision.

(4) Y. Guyon, Les missions des administrateurs provisoires de sociétés, Mélanges D. Bastian, T. I, Lib. Techn., 1974, p. 103, note 1.

(5) La nomination d'un administrateur provisoire intervient aussi dans le cadre des exploitations individuelles : Civ. 2° 25 octobre 1978, Bull. II, n° 22, p. 172, Gaz.-Pal. 1979, I, J, 82, Civ. 1° 3 janvier 1979, J. C. P. 1979, IV, 81, pour un fonds de commerce, bien que les hypothèses les plus fréquentes soient celles de sociétés commerciales.

(6) Ph. Merle, note sous Lyon 30 mars 1978, Rev. Soc. 1979, 320, n° 7.

(7) voir des cas de nomination d'administrateur provisoire en matière de succession : Civ. 2° 1 février 1978, Bull. II, p. 21, n° 26 ; Versailles 22 mars 1978, D. 1979, I. R. 159 ; Com. 5 janvier 1976, D. 1976, I. R., 90, Rev. Soc. 1976, 635, note M. Guilberteau ; de co-propriété immobilière : Trib. gr. inst. Besançon, Réf., 20 mars 1974, Gaz.-Pal. 1975, II, J. 467, note Morand ; de société civile immobilière : Amiens 14 mars 1977, J. C. P. 1978, II, 18 955, note Y. Chartier ; ou en cas de conflit sur le caractère propre ou commun des parts d'une société civile immobilière entre époux : Civ. 1° 21 octobre 1975, D. 1976, I. R., 2.

Cette règle de non-intervention de l'autorité judiciaire dans la vie des sociétés, tout comme dans la gestion des patrimoines en matière civile, trouve sa limite dans l'application d'une sorte de théorie de la nécessité (8) et plus exactement dans une tendance de notre droit à assurer la pérennité de l'entreprise.

A défaut, en cas de mésintelligence grave entre associés, la dissolution anticipée, décidée par eux-mêmes ou prononcée par le tribunal à la demande de l'un d'eux pour de justes motifs (9), serait la seule solution. La jurisprudence limite le domaine des actions en dissolution de sociétés, afin d'assurer la protection de l'existence de l'entreprise (10), notamment grâce à l'extension du domaine de l'administration provisoire, aidée en cela par le développement contemporain du rôle du juge des référés (11).

Cependant, le nombre des nominations d'administrateurs provisoires reste assez faible (12) et il est difficile d'en mesurer l'efficacité réelle (13).

191 – Une confusion est souvent commise entre l'administrateur provisoire et le mandataire *ad hoc* ; ce dernier, désigné en cas de désordres limités atteignant une société gérée de manière irrégulière, n'a pas de pouvoir de gestion, les organes compétents n'étant pas dessaisis, sa mission

(8) M. Guilbeteau, note sous Com. 5 janvier 1976, préc.

(9) La mésentente entre associés n'est pas une cause de dissolution judiciaire de la société, si elle ne compromet pas la vie sociale : Com. 28 février 1977, Rev. Soc. 1978, 245, note J. P. Gastaud ; Lyon 17 mai 1977, Gaz.-Pal. 1978, 235, Rev. trim. dr. civ. 1978, 668, obs. G. Cornu, en application de l'ancien article 1 871 C. civ. ; la solution se trouve consacrée dans l'article 1 844-7 nouv. C. civ., issu de la loi du 4 janvier 1978.

(10) R. Contin, Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes, préf. R. Percerou, Bibl. de dr. de l'entreprise, Lib. Techn., 1975, n° 601 et s., et les références citées.

(11) art. 872 nouv. C. pr. civ. ; J. Vincent et S. Guinchard, Procédure civile, 20° éd., 1981, Dalloz, n° 136 et s. et n° 177 ; obs. J. Normand, Rev. trim. dr. civ. 1975, 143.

(12) Pour le Tribunal de Commerce de Paris, 134 nominations en 1977, 155 en 1978 et 115 en 1979 : Discours prononcés lors de l'audience solennelle d'installation du 4 janvier 1980, p. 41 ; pour les chiffres à Paris de 1952 à 1971, cf. J.P. Ravalec, op. cit., Annexe 3, p. 309.

(13) Elle a été mise en doute par M. Guilbeteau, Rev. Soc. 1976, 635, préc., en raison du risque de voir les dissensions graves entre associés durer longtemps ; contra : C. de Buttet, thèse, préc., n° 11 ; il est exact que l'administrateur provisoire ne saurait être un « homme-miracle » et que sa nomination n'est requise qu'au moment du constat d'une situation proche de l'issue fatale ; on en trouve souvent la trace dans les décisions prononçant des liquidations des biens.

est limitée (14) et sa nomination est expressément prévue par différents textes du droit des sociétés (15).

Une seconde confusion peut se produire avec les « observateurs » de gestion (16) ou les contrôleurs de gestion (17) nommés par le Tribunal ou recrutés par un administrateur judiciaire en fonctions pour l'aider dans sa tâche ; leur mission est limitée à l'objet prévu et ils n'ont que des pouvoirs d'information ou d'étude.

L'administrateur provisoire détient des pouvoirs beaucoup plus étendus.

192 – Limitée au départ aux hypothèses dans lesquelles les organes sociaux ne fonctionnaient plus correctement, l'administration provisoire a été utilisée pour protéger les actionnaires minoritaires contre les abus commis par la majorité et afin de faire prévaloir l'intérêt de l'entreprise sur des intérêts catégoriels, dans sa double réalité économique et sociale (18). Dans le même temps, on admet que la demande de nomination puisse être faite non seulement par les associés eux-mêmes, mais aussi par les commissaires aux comptes, les salariés, voire par les créanciers.

Ce recul constant des limites de l'institution laisse subsister encore bien des zones d'ombres, que la pratique, la doctrine et les tribunaux s'efforcent d'éclairer, notamment en ce qui concerne les pouvoirs de l'administrateur provisoire.

193 – Sa nomination dessaisit les dirigeants de la société et les pouvoirs de gestion qui lui sont reconnus sont étendus, selon la formule très large généralement utilisée par les tribunaux : il est chargé de gérer et ad-

(14) Colmar 24 septembre 1975, D. 1976, 348, note Y. Guyon, Rev. trim. dr. com. 1976, 554, obs. R. Houin ; Reims 17 juillet 1975, D. 1976, 216, note Y. Guyon, J.C.P. 1976, II, 18334, note J. Rousseau, Rev. Soc. 1976, 631, note J.H. ; sur la distinction entre mandataire ad hoc et administrateur provisoire, voir la note de C. de Buttet, Rev. Soc. 1974, 119, n° 4, sous Com. 9 octobre 1972.

(15) art. 57, 158 de la loi du 24 juillet 1966, et 38, 122 du Décret du 23 mars 1967, et art. 1846 al. 5 C. civ. pour les sociétés civiles.

(16) Lyon 30 mars 1978, D. 1978, I.R., 417, obs. M. Vasseur, Rev. Soc. 1979, 320, note Ph. Merle, Banque 1979, 230, note L.M. Martin ; rapprocher : Civ. 2° 22 avril 1977, Gaz.-Pal. 1977, I, Panorama de jurispr., 230.

(17) X. Stackler, La mission du contrôleur d'exploitation dans une entreprise en difficulté, Colloque de mai 1976, préc., p. 474 ; Com. 10 janvier 1972, J.C.P. 1972, II, 18134, note Y. Guyon, Rev. Soc. 1973, 118, note A.M. Coudert ; et note J.C. Bousquet sous Paris 27 février 1980, Rev. Soc. 1981, 109.

(18) voir les exemples d'utilisation donnés par A. Chassagnon, La nomination d'un administrateur provisoire, Colloque de mai 1976, préc., p. 425.

ministre la société (19). On ne peut le considérer comme un séquestre, au sens de l'article 1961 du code civil, bien que la jurisprudence ait longtemps utilisé cet article, en l'étendant, ni non plus comme un mandataire, au sens de l'article 1884 du code civil ; il faut plutôt l'assimiler à un représentant légal de la société, dont il a les pouvoirs (20).

Cette solution d'attente par excellence, d'une durée de trois à six mois renouvelable, permet de confier à un tiers, choisi sur une liste de professionnels, le soin de procéder à un examen précis de la situation de l'entreprise, de servir s'il y a lieu d'arbitre entre les associés pour s'efforcer de concilier leurs antagonismes et de proposer un règlement satisfaisant ; ou bien il recherche les moyens pouvant assurer la survie de l'entreprise, en la gérant et en étudiant une éventuelle absorption ou un apport de capitaux, ou en établissant de concert avec quelques créanciers importants ou les banques un véritable plan de renfouement (21).

194 – Issue de la pratique judiciaire afin d'éviter les blocages de situations néés de conflits interorganiques ou infraorganiques (22), sa mission se transforme, s'amplifie jusqu'à comprendre le redressement de l'entreprise en difficulté. Une nouvelle fois, la recherche de solutions durables pénètre et modifie une institution au départ uniquement préventive ; sous la pression de cet impératif le rôle de l'administration provisoire, tel qu'il est conçu de nos jours, en fait un rouage important dans le cadre des techniques de renfouement des entreprises en difficulté.

Cette évolution est bien connue et il n'est pas utile d'en reprendre tous les éléments ; mais, en n'évoquant que les hypothèses dans lesquelles l'entreprise connaît de sérieuses difficultés, on peut constater que trois situations différentes peuvent se présenter. Dans un premier cas, la cessation des paiements est extrêmement proche ou déjà acquise en fait ; dans le second les difficultés financières sont la cause ou la conséquence de

(19) Trib. gr. inst. Paris, 21 novembre 1978, Bull. Cons. Nat. Com. Comptes 1978, n° 32, 467, qui cite le texte d'une ordonnance du 4 février 1970 nommant un administrateur provisoire avec les pouvoirs de « gérer et administrer la société avec les pouvoirs les plus étendus selon les lois et usages du commerce et plus spécialement de convoquer une assemblée générale extraordinaire ».

(20) Y. Guyon, note sous Paris 19 avril 1974, J.C.P. 1975, II, 18144 ; Crim. 9 octobre 1978, J.C.P. 1978, IV, 345, Gaz.-Pal. 1979, I, J, 245, qui admet qu'il a des fonctions comparables à celles des dirigeants de sociétés pour estimer qu'il n'est pas tenu au secret professionnel au sens de l'article 378 C. pénal.

(21) J. Pesson, La responsabilité des banques vis-à-vis des tiers, Colloque sur le Rôle et la responsabilité des banques, Rev. Jurisp. Com. 1977, n° spécial, p. 297.

(22) C. de Buttet, thèse, préc., p. 39-59, A. Viandier, La notion d'associé, L.G.D.J., 1978, préf. F. Terré, n° 144.

conflits nés entre les organes sociaux ou les associés ; et dans le troisième, le fonctionnement formel de la société est assuré, alors que sa situation financière se révèle très préoccupante et qu'il pèse de sérieuses menaces sur la continuité de son exploitation. Ces trois situations méritent d'être étudiées afin de voir comment l'administrateur provisoire peut intervenir et agir efficacement.

1. L'ADMINISTRATION PROVISOIRE D'UNE ENTREPRISE EN ETAT LATENT DE CESSATION DES PAIEMENTS :

195 – Lorsque l'état financier de l'entreprise révèle l'état de cessation des paiements, ou de situation financière difficile, au sens des articles 1 de la loi du 13 juillet 1967 et de l'Ordonnance du 23 septembre 1967 (23), la solution normale consiste à appliquer le droit de ces procédures collectives. La nomination d'un administrateur provisoire dans cette situation ne doit pas être utilisée afin de différer le dépôt du bilan, sous peine de voir ensuite l'application des nombreuses sanctions civiles et pénales (24). On constate cependant qu'en pratique il n'est pas rare qu'un administrateur provisoire soit désigné malgré la gravité de la situation financière, afin de favoriser une opération de scission ou d'absorption, ou surtout de permettre l'établissement d'un plan de renflouement avec les principaux créanciers (25).

196 – A titre d'exemple (26) semble-t-il significatif, les dirigeants d'une société acceptent de mettre à la disposition de leurs principaux créanciers l'intégralité de leurs biens personnels, à condition que l'on obtienne la nomination d'un administrateur judiciaire ; après la démission des administrateurs et cette nomination, ce dernier procède à l'inventaire de l'actif et du passif, réunit les principaux créanciers, qui acceptent de surseoir à toutes les poursuites, de laisser payer par priorité les petits créanciers pour éviter une assignation intempestive en liquidation des biens. Avec l'accord de l'assemblée des actionnaires et du Président du Tribunal de commerce, une partie du fonds de commerce de la société est mise en location gérance, et le Président du Tribunal autorise la réalisa-

(23) cf. ces notions, *supra* n° 35 et s., et 43 et s.

(24) B. Boccara, *L'administration provisoire des sociétés*, thèse, dactyl., Paris, 1948, p. 70

(25) cf. par exemple : Com. 9 mai 1978, *préc. supra* n° 9.

(26) tiré de l'ouvrage de J.P. Ravalec, *préc.*, p. 169.

tion de quelques éléments non indispensables de l'actif permettant de répartir les fonds obtenus entre les créanciers.

Ainsi, une société en état virtuel de cessation des paiements a pu éviter les conséquences légales au moyen de tout un processus amiable réalisé sous le contrôle du Président du Tribunal de commerce (27).

197 – On peut cependant s'étonner que des juges consulaires prêtent leur concours à de telles opérations et sans doute regretter qu'ils n'estiment pas préférable l'ouverture d'une procédure de concours. Mais, d'une part, ils n'ont guère de moyens, sauf à faire procéder à une enquête, de déterminer avec précision si l'état de cessation des paiements est vraiment proche, et ils peuvent considérer qu'un tel arrangement amiable surveillé par leurs soins et un administrateur est somme toute une meilleure solution qu'un concordat amiable (28), négocié en dehors d'eux et pouvant présenter de graves dangers de fraude ; d'autre part, les garanties professionnelles des administrateurs provisoires sont de nature à éviter que cette tentative de renfouement ne constitue un moyen dilatoire utilisé pour éviter le dépôt du bilan.

198 – La pratique, en ce domaine, ne fait sans doute que devancer quelque peu les dispositions nouvelles qui pourraient être adoptées, si le projet de réforme du statut des syndics et administrateurs judiciaires était voté (29) ; ce projet n'a pas pour objet d'étendre le domaine de l'administration provisoire, mais de réformer les professions et d'instituer un corps d'administrateurs judiciaires autonome ; toute amélioration de la compétence des professionnels appelés à gérer provisoirement les entreprises ne peut qu'être utile dans le cadre de l'administration provisoire.

On ne peut enfermer dans un cadre normatif étroit l'ensemble des techniques de renfouement et la surveillance officielle ou officieuse de certaines d'entre elles par les juges consulaires peut constituer une contrepartie efficace à la liberté de négociations amiables entre les différentes parties directement intéressées au redressement de l'entreprise en difficulté.

Mais, sans attendre le constat d'une situation financière aussi évidemment dégradée, on constate dans certaines hypothèses qu'elle est la cause ou la conséquence de dissensions internes graves entre les associés ou les dirigeants de l'entreprise.

(27) Dans un autre exemple, la négociation engagée entre un administrateur provisoire et les créanciers a échoué en raison du refus de ces derniers de participer à une solution amiable, et la liquidation des biens a été prononcée : Paris 22 avril 1976, J.C.P. 1976, II, 18433, note Y. Chaput.

(28) cf. *supra* n° 127 et s.

(29) Projet de loi n° 928, cité *infra* n° 258.

2. L'ADMINISTRATION PROVISOIRE D'UNE ENTREPRISE EN PROIE A DES CONFLITS INTERNES :

199 – Il est fréquent que la situation financière fortement obérée soit la cause de conflits entre les dirigeants, ne serait-ce qu'à propos de l'opportunité des mesures à envisager pour faire cesser cette évolution dangereuse ; de même la paralysie des organes sociaux ou les conflits internes peuvent provoquer des carences ou des erreurs graves dans la gestion qui sont de nature à avoir des conséquences immédiates ou à terme sur le plan financier ; enfin, ces « blocages » font naître des risques de difficultés plus lointaines en mettant en péril l'existence même de la société.

Dans ces différentes hypothèses, d'une manière ou d'une autre, l'entreprise est en danger de disparaître si aucune mesure n'est prise immédiatement pour tenter de remédier à cette situation ; c'est dans ce domaine que l'institution de l'administration provisoire a connu ses plus grands développements et que s'est produit sa transformation progressive ; cette évolution a été maintes fois étudiée (30) et il suffit d'en rappeler les éléments essentiels.

200 – La nomination d'un administrateur provisoire a été pendant longtemps réservée aux seuls cas dans lesquels il était constaté une défaillance des organes sociaux, qu'il y ait un constat de leur carence, ou une sorte de paralysie de leur fonctionnement en raison de luttes internes entre les groupes d'actionnaires. Dans ces circonstances exceptionnelles, le fonctionnement normal de la société n'était plus assuré et le choix se présentait entre une dissolution ou le recours à un tiers arbitre judiciairement nommé ; puis à la suite d'une extension du critère de l'abus de droit (31) et du développement du concept d'entreprise, la jurisprudence, notamment depuis le célèbre arrêt *Fruehauf* (32), a étendu le domaine de l'administration provisoire à des hypothèses d'abus de contrôle patrimonial, d'abus de majorité, qui compromettaient l'existence même de l'entreprise sociale.

201 – L'institution de l'administration provisoire s'est ainsi transformée, prenant appui sur des critères économiques, comme dans bien d'au-

(30) cf. en particulier les développements complets de R. Contin, thèse, préc., n° 630 et s. et les références citées.

(31) A. Pirovano, *Encycl. Dalloz, Rép. Civ.*, V° Abus de droit, 1970, n° 168 et s. ; A. Pirovano, *La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin de la théorie de Jossierand*, D. 1972, Chr., 67.

(32) R. Contin, op. cit., n° 640 ; Y. Chartier, op. cit., p. 175 ; adde ; P. Didier, op. cit., p. 408.

tres domaines, afin de prévenir la naissance même d'une situation désastreuse, en jouant ainsi un rôle curatif ; il ne s'agit plus seulement de dénouer une situation complexe, mais de rechercher les moyens d'assurer la survie de l'entreprise.

L'objectif poursuivi a été le même lorsqu'une situation financière préoccupante se manifeste, sans entraîner de conflits internes au sein des instances dirigeantes. Peut-il y avoir lieu, dans ce cas, à la nomination d'un administrateur provisoire ?

3. L'ADMINISTRATION PROVISOIRE D'UNE ENTREPRISE EN SITUATION PREOCCUPANTE :

202 – L'intervention judiciaire, dans ce type de situation, ne devrait pas, *a priori*, pouvoir se produire : le principe de la souveraineté des organes sociaux, qui fonctionnent normalement, s'impose et toute immixtion extérieure devrait être proscrite.

Pourtant, il arrive que les dirigeants d'une entreprise en difficulté, qui recherchent des concours financiers, démissionnent volontairement pour provoquer la nomination d'un administrateur provisoire afin de prouver que leur gestion est saine et obtenir les appuis financiers espérés ou réussir une opération d'absorption ; de même, des associés peuvent s'entendre pour confier à un tiers une mission d'étude et avoir recours pour cela à la demande de nomination d'un administrateur judiciaire, afin d'éviter toute contestation ultérieure ; ils peuvent aussi être incités à le faire par des créanciers qui ont une influence suffisante pour les en convaincre, en détenant par exemple, les moyens d'assurer financièrement ou commercialement le redressement ou la cessation de l'activité. Les praticiens relèvent la fréquence de ces utilisations de l'administration provisoire, bien avant la phase de la cessation des paiements (33), qui est « amiable » ou faite d'« accord » par requête ; grâce à cette technique, un auxiliaire de justice participe à des négociations généralement complexes, en s'entourant d'un certain nombre d'experts, en demandant un certain nombre de garanties, et il lui est possible de juger rapidement si le renfouement est possible ou illusoire et ainsi d'aider à la recherche des mesures adaptées à la situation.

L'administrateur provisoire est ainsi sollicité à titre d'expert, par les dirigeants eux-mêmes, sans qu'il y ait un conflit entre eux et en dehors du cas d'une menace de cessation des paiements. On peut cependant se demander si une telle nomination ne pourrait pas intervenir sur le seul fon-

(33) J.P. Ravalec, op. cit., p. 131 et les nombreux exemples développés par l'auteur.

dement du constat d'une situation financière préoccupante, lorsque les dirigeants n'en font pas la demande et qu'aucun créancier n'est assez puissant pour les en convaincre ?

203 – La jurisprudence a pour l'instant toujours refusé la nomination d'un administrateur provisoire lorsque la société est encore *in bonis*, et que ses organes sociaux fonctionnent normalement. Elle n'a admis qu'un commissaire aux comptes puisse solliciter une telle nomination qu'en raison de la paralysie des organes sociaux (34) ou encore elle désigne un « tuteur *ad hoc* » (35) avec pour mission de déposer le bilan, ou un mandataire *ad hoc* (36). Dans l'ensemble les juridictions ont refusé cette nomination à la requête des créanciers (37) et les rares cas dans lesquels elles l'ont admis coïncidaient avec des hypothèses de mauvais fonctionnement de la société ou avec des actions des actionnaires auxquelles s'étaient joints les créanciers (38). Au contraire, plusieurs décisions rappellent que les créanciers « n'ont pas à intervenir pour dicter ou faire dicter par un mandataire de justice la conduite à tenir » (39), que l'administration provisoire « suppose que le fonctionnement de la société ne soit plus assuré ou que sa gestion soit empêchée par des dissensions graves entre les associés, ou menacée de paralysie, et que de ces circonstances exceptionnelles propres à entraver l'application normale des statuts sociaux puisse découler l'existence d'un péril grave pour l'avenir de la société » (40), ou que cette nomination soit destinée à remplacer les organes sociaux défaillants et non à assurer la gestion d'une entreprise en difficulté (41). La jurisprudence se retranche parfois derrière les pouvoirs du juge des référés,

(34) cf. la requête annexée à l'article d'E. du Pontavice, Le commissaire aux comptes et les procédures collectives de paiement (règlement judiciaire et liquidation des biens), Bull. Cons. Nat. Com. Comptes 1976, n° 24, p. 526.

(35) Com. 16 janvier 1979, D. 1979, 245, note F. Derrida.

(36) cf. *supra* n° 191.

(37) cf. les exemples cités par J.P. Ravalec, *op. cit.*, p. 123.

(38) C. de Buttet, thèse, préc., n° 85.

(39) Paris 9 juillet 1959, cité par C. de Buttet, *op. cit.*, n° 89.

(40) Amiens 14 mars 1977, préc. ; Paris 22 mai 1965, *aff. Fruehauf France*, préc. ; Douai 18 janvier 1980, D. 1980, I.R., 440.

(41) Trib. Com. Lyon, Réf., 26 juillet 1978, Gaz.-Pal. 1978, II, Som., p. 455, qui rejette une demande formée par un groupe majoritaire.

arguant du défaut d'urgence (42) ou de l'existence d'une contestation sérieuse (43).

On admet pourtant en général que tout intéressé puisse en faire la demande, pourvu qu'il ait un intérêt à agir. Les créanciers, tout comme les salariés (44) peuvent légitimement vouloir préserver leurs droits lorsqu'ils constatent une insuffisance grave d'actif ou l'incapacité notoire des dirigeants. Ils ne peuvent même pas agir sur le fondement de l'action oblique de l'article 1166 du Code civil, puisque cette action suppose l'insolvabilité du débiteur et l'exigibilité de la créance (45). Ils doivent attendre le constat de l'état de cessation des paiements pour pouvoir assigner leur débiteur, et, en pratique, ils ne le font guère par crainte d'une liquidation des biens qui ne leur assurerait que de maigres dividendes.

204 – Il semble que l'on pourrait ne pas limiter la possibilité d'une requête aux fins de nomination d'un administrateur provisoire formulée par les créanciers aux seuls cas d'une cessation des paiements avérée, ainsi que le proposent quelques auteurs (46). Une telle limitation s'oppose aux règles des procédures collectives qui visent à ne pas laisser retarder le constat judiciaire de l'état de cessation des paiements et ne correspond pas aux fondements désormais reconnus à l'extension du domaine de l'administration provisoire. Si l'on admet que le critère moderne doit être l'intérêt de l'entreprise, on ne peut logiquement réduire le domaine de l'administration provisoire aux seuls cas dans lesquels les organes sociaux ne fonctionnent pas correctement. Dès lors que la continuité de l'exploit-

(42) Com. 11 février 1980, D. 1980, I.R., 395, qui confirme la décision des juges du fond ayant débouté les actionnaires d'une société de leur demande tendant à la désignation d'un administrateur, avec mission de se porter partie civile en leur nom dans une instance pénale mettant en cause l'ancien président de la société, les intérêts sociaux n'étant pas exposés à un péril certain et imminent et en retenant le défaut d'urgence.

(43) Com. 12 février 1980, D. 1980, I.R., 270 ; J.C.P. 1980, IV, 168, D. 1981, I.R., 1, obs. F. Derrida, qui considère que n'est pas recevable la demande d'un comité d'entreprise, d'un syndicat et de salariés tendant à faire réunir par un administrateur provisoire certains documents permettant la recherche d'une solution pour le maintien de l'emploi de travailleurs de sociétés, cette demande présentée en référé à l'occasion et au cours d'une procédure de liquidation des biens de ces entreprises se heurtant à une contestation sérieuse ; cf. infra n° 337.

(44) Deux syndicats de salariés ont vu leur demande rejetée, au motif qu'il n'y avait pas péril : Trib. gr. inst. Paris, Réf., 28 août 1976, cité : Lamy Sociétés 1980, n° 1002.

(45) J. Carbonnier, Droit civil, 4, Les Obligations, 9^e éd., 1976, P.U.F., n° 141.

(46) Y. Guyon, Juris-Cl. Soc. Fasc. 133 E, n° 83, approuvé par Y. Chartier, note préc. sous Amiens 14 mars 1977 ; pour une position plus extensive, cf. A. Viandier, La notion d'association, n° 146.

tation se trouve sérieusement menacée, la société est en état de péril grave et il n'est guère opportun d'attendre que surviennent des conflits graves entre associés pour intervenir.

Il faudrait ainsi considérer que les créanciers et les salariés ont intérêt à agir, et qualité pour le faire, et qu'ils peuvent solliciter la nomination d'un administrateur provisoire, à la condition qu'ils soient en mesure de prouver l'état de gravité des difficultés de l'entreprise qui met en danger leur gage et la poursuite de l'exploitation.

205 – Cette extension du domaine de l'administration provisoire comporterait certainement quelques risques d'actions engagées abusivement, mais n'en resterait pas moins opportune. Considérée pendant longtemps comme un simple organe de secours (47), elle est devenue aujourd'hui une technique assez élaborée qui est en mesure de contribuer au redressement d'une entreprise en difficulté. La réforme envisagée du statut des professionnels concernés (48) permettrait de donner des garanties nouvelles d'efficacité par une amélioration de leur recrutement et un accroissement de leur compétence.

Ainsi, la recherche des mécanismes de prévention des difficultés des entreprises peut trouver dans l'institution de l'administration provisoire une technique particulièrement utile et efficace, en raison de sa souplesse et de sa simplicité. L'obstacle théorique de la souveraineté des instances dirigeantes a déjà été écarté lorsqu'un actionnaire minoritaire veut obtenir que soient mises en cause certaines décisions prises par un groupe majoritaire, par l'extension de la théorie de l'abus de droit, et la reconnaissance de l'intérêt de l'entreprise. Il serait parfaitement possible d'étendre cette faculté aux créanciers et aux salariés.

206 – En conclusion, l'institution prétorienne de l'administration provisoire se trouve peut-être à l'aube d'un développement important. Elle ne nécessite pas une réglementation légale contraignante qui la transformerait en une nouvelle procédure préventive. On peut cependant souhaiter que soient déterminés avec plus de précision les pouvoirs des administrateurs provisoires (49) en particulier pour ce qui concerne la possibi-

(47) P. Didier, *op. cit.*, p. 409.

(48) Projet de loi n° 928, *préc.*

(49) Le projet de loi n° 928, *précité*, se limite à abroger le décret du 20 mai 1955 et à organiser les conditions d'accès à la nouvelle profession de syndic et d'administrateur judiciaire. On peut espérer que le Parlement – s'il est saisi de ce projet – ajoutera quelques articles relatifs aux pouvoirs des administrateurs provisoires.

lité de disposer de certains éléments de l'actif (50) ou de conclure un contrat de location-gérance du fonds de commerce (51).

L'administration provisoire a un rôle préventif très net, et son évolution résulte de la prise en compte de son caractère curatif. La liaison structurelle entre ces deux fonctions apparaît très clairement.

On peut constater le même phénomène en étudiant une forme de dessaisissement du débiteur dans le cadre du transfert de gestion réalisé par la location-gérance.

SECTION 2. LA LOCATION-GERANCE

207 – Le contrat de location-gérance (52), défini par l'article 1 de la loi du 20 mars 1956 comme celui « par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls », pour une certaine période et moyennant une redevance, que l'on nomme aussi gérance-libre, permet d'assurer l'exploitation d'une entreprise en difficulté lorsque l'incompétence des dirigeants ou leurs erreurs de gestion sont la cause de cette situation obérée.

Cette technique, expressément envisagée par la loi du 13 juillet 1967 dans le cadre de la poursuite de l'exploitation d'une entreprise soumise à une procédure collective (53), permet de changer la direction du fonds de commerce (54) et opère ainsi une dissociation entre la propriété du

(50) Com. 5 novembre 1971, Grands arrêts de la jurisprudence commerciale, 2^e éd., Sirey, 1976, p. 217 note B.B., et Rev. trim. dr. com. 1972, 404, obs. critiques de R. Houin. Cet arrêt admet qu'un administrateur provisoire puisse réaliser les actifs qui ne sont pas nécessaires à la poursuite de l'exploitation. Cette solution est approuvée par Y. Guyon, Les missions des administrateurs provisoires de sociétés, préc., p. 112, n° 10.

(51) cf. *infra* n° 219.

(52) Rép. Com. V^e Location-gérance des fonds de commerce, F. Derrida ; P. Didier, Droit commercial, préc., p. 673 ; Ripert et R. Roblot, Traité élém. préc., T. I., n° 557 ; M. de Juglart et B. Ippolito, Droit commercial, préc., 1^{er} vol., n° 229.

(53) art. 27 et 28 de la loi du 13 juillet 1967 ; cf. *infra* n° 276 et s.

(54) La location-gérance n'est permise que si un fonds de commerce existe : cf. l'importance de la clientèle : P. Collomb, La clientèle du fonds de commerce, Rev. trim. dr. com. 1979, 1 ;
(voir suite de la note à la page suivante)

fonds et son exploitation (55).

Issu de la pratique avant qu'une réglementation intervienne (56), afin d'éviter qu'il ne constitue un moyen de spéculation, ce contrat se distingue de celui de crédit-bail, qui est essentiellement un procédé de financement tenant compte de l'amortissement du matériel, et aussi du contrat dit de management (57) apparenté au mandat.

208 – Cette technique contractuelle est d'application générale, aussi bien lorsque le fonds de commerce constitue l'intégralité de l'actif d'une entreprise individuelle que dans le cas d'une exploitation sous la forme de société commerciale, et elle est un moyen assez efficace de redressement d'une entreprise mal gérée mais encore viable économiquement. Le passif peut progressivement être apuré grâce aux redevances perçues par le loueur, le gage des créanciers se trouve augmenté si la gestion du gérant est bonne et d'un point de vue économique et social l'entreprise est ainsi préservée en tout ou en partie.

Il n'est cependant pas toujours aisé de convaincre les dirigeants qui refusent de conclure un tel contrat les dessaisissant de la gestion du fonds, en particulier dans les entreprises individuelles et familiales : si un administrateur judiciaire peut être désigné (58), celui-ci conclura le contrat et vaincra le refus injustifié des dirigeants.

La gravité des difficultés de l'entreprise peut être telle qu'il soit impossible de trouver un locataire-gérant, personne physique, qui accepte de louer le fonds : les diverses mesures légales qui protègent les créanciers du loueur sont d'ailleurs de nature à l'en dissuader. Une société d'exploitation peut alors être constituée, chargée de la gérance, parfois avec certains

(suite de la note de la page précédente)

Com. 7 mars 1978, D. 1978, I.R., 453 ; Civ. 3^e 18 mai 1978, J.C.P. 1978, IV, 220, Rev. Loyers 1978, 379, note J.V., Rev. trim. dr. com. 1978, 559, obs. J. Derrupé ; Paris 5 novembre 1976, Rev. Jurisp. Com. 1979, 88, note A. Jauffret. Pour de nombreux auteurs la clientèle n'est pas vraiment un élément du fonds de commerce, mais une qualité de celui-ci, une résultante : M. Jeantin, *Juris-Cl. Fonds de commerce*, Fasc. III, 1977, n° 72.

(55) G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., 1951, L.G.D.J., n° 82.

(56) pour l'évolution historique de la législation, voir *Rép. Com., préc.*, n° 2 et s.

(57) Ph. Merle, *Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme*, D. 1975, Chr., 245.

(58) cf. *supra* n° 190 et s.

créanciers, et elle regroupe des capitaux assez importants, ce qui lui permet d'assumer plus aisément les risques (59).

La réglementation légale de ce contrat particulier est assez stricte, non seulement pour éviter qu'il ne soit utilisé à des fins spéculatives, mais aussi pour protéger les créanciers du propriétaire et ceux issus de la gérance ; les diverses conditions et les effets de ce contrat revêtent une importance toute particulière lorsque l'entreprise est en état de sérieuses difficultés. Si sa négociation n'en est pas facilitée, ils protègent efficacement les différents intérêts particuliers et donnent des garanties assez sérieuses de réussite du renfouement.

209 – La location-gérance ne constitue cependant qu'une solution provisoire, puisque le contrat est conclu pour une durée déterminée, généralement assez courte, ou pour une durée indéterminée et prend alors fin par résiliation unilatérale, sous la seule réserve du respect d'un préavis qui varie selon les circonstances (60). Ce simple transfert de l'exploitation n'empêche pas le redressement de l'entreprise, réalisé par une amélioration de la gestion et le remplacement des dirigeants. Le rôle préventif de cette institution se trouve complété par une fonction curative, qui est encore plus nette lorsque cette convention ne constitue qu'une étape sur la voie de la cession pure et simple du fonds loué. Un accord des parties la rend possible à tout moment, et fréquemment une promesse de vente est adjointe au contrat de location-gérance. Le gérant pourra ainsi, dans un premier temps, juger de la valeur réelle du fonds et de sa rentabilité, ou réunir les sommes nécessaires, avant, dans un second temps, de l'acquérir.

210 – Après l'étude de la location-gérance réalisant un simple transfert de l'exploitation du fonds, il conviendra d'examiner les règles particulières résultant de la cession qui peut figurer expressément ou implicitement dans la convention originaire.

I – LA LOCATION-GERANCE :

SIMPLE TRANSFERT DE L'EXPLOITATION DU FONDS :

211 – La loi du 20 mars 1956 énumère de nombreuses conditions pour la passation de cette convention, et seules certaines d'entre elles présentent

(59) Les sociétés coopératives de commerçants détaillants sont autorisées, depuis la loi n° 77-746 du 8 juillet 1977 (J.O. 10 juillet 1977, J.C.P. 1977, III, 45946, D. 1977, L, 286) à acquérir des fonds de commerce pour les donner en location-gérance à un associé dans un délai de deux mois et pour une durée de sept ans au plus.

(60) J. Azéma, La durée des contrats successifs, préc., n° 241, 146, 186 et 230.

un intérêt spécifique lorsque le fonds loué appartient à une entreprise en difficulté.

Deux situations doivent être distinguées : le contrat peut être conclu par le propriétaire, exploitant individuel ou société commerciale, ou bien par un mandataire de justice, plus particulièrement un administrateur provisoire : dans ce dernier cas, un régime particulier favorable a été prévu par l'article 9 de la loi du 20 mars 1956.

A – Convention conclue par le propriétaire du fonds :

212 – L'article 4 de la loi du 20 mars 1956 exige, sous peine de nullité absolue (61) que le propriétaire ait été commerçant, ou gérant, directeur commercial ou technique, pendant sept ans (62), et que le fonds de commerce ait été exploité pendant au moins deux années : ces conditions tendant à empêcher les spéculations, peuvent faire l'objet d'une dispense judiciaire, accordée par le Président du Tribunal de grande instance s'il constate un intérêt légitime (63) et ne sont pas requises, selon l'article 6, de l'Etat, des collectivités locales et des établissements de crédits de statut spécial (64), ni des mandataires de justice (65).

Les organes des sociétés commerciales ont le pouvoir de donner le fonds en location-gérance, même s'il constitue l'objet de la société, puisqu'il y a exploitation indirecte, et la décision peut être prise par le gérant ou le conseil d'administration (66), si les statuts leur en reconnaissent le pouvoir, ou par les associés réunis en assemblée générale ordinaire.

(61) Cette nullité « n'a nullement été instituée dans l'intérêt de l'une des parties, mais pour des motifs touchant à l'ordre public économique et peut donc être invoquée par tout intéressé, même par celui qui l'a provoquée par son mensonge ou sa réticence » : Com. 4 février 1975, Bull. IV, n° 34, p. 28, J.C.P. 1975, IV, 97, D. 1975, I.R., 83, cité dans le Rapport de la Cour de cassation pour l'année 1975, analysé par des membres de la section de droit privé de la Faculté de Droit de Saint-Maur, J.C.P. 1978, D, 2882, n° 66 ; Com. 22 juin 1976, D. 1976, Som., 76, Rev. trim. dr. com. 1976, 683, obs. A. Jauffret ; sans que les contractants puissent invoquer cette nullité à l'encontre des tiers (art. 11 al. 1, loi 20 mars 1956), Trib. gr. inst. Metz, 3 nov. 1976, 23 février 1977, Rev. Jurisp. Com. 1978, p. 187, note M. Crehange.

(62) Rép. Min. n° 42382, J.O. Déb. Ass. Nat. 11 février 1978, 528, J.C.P. 1978, IV, 231, Rev. Soc. 1978, 359, Rev. trim. dr. com. 1978, 96, obs. J. Derrupé.

(63) Rennes 5 juillet 1977, D. 1978, I.R., 466, Rev. trim. dr. com. 1978, 94, obs. J. Derrupé. Selon une réponse ministérielle (n° 26580, J.O. Déb. Ass. Nat., 9 juin 1980, p. 2358) le Président du tribunal a la possibilité de tenir compte, pour un étranger, de l'exercice d'un commerce hors de France pour le calcul du délai fixé par l'article 4.

(64) L'article 6 prévoit d'autres exceptions ; ex. : Colmar 12 novembre 1976, J.C.P. 1978, éd. N, Som. 190, Rev. trim. dr. com. 1978, 563, obs. J. Derrupé.

(65) cf. infra n° 219 et s.

(66) sous réserve d'un abus de droit commis par les associés majoritaires : Douai 23 février 1971, Rev. Jurisp. Com. 1971, 259.

213 – Il a surtout été jugé indispensable de protéger les créanciers et en premier lieu ceux du propriétaire, qui courent le risque de voir leur gage diminué si la gestion du gérant n'est pas bonne : l'article 7 de la loi les autorise à demander au Tribunal de commerce, dans les trois mois qui suivent la publicité du contrat, de rendre leurs créances immédiatement exigibles, et la déchéance du terme n'est accordée que si la location-gérance met en péril leur recouvrement. Cette disposition protectrice des intérêts des créanciers de l'entreprise en difficulté peut empêcher la conclusion de ce type de contrat : si le passif est trop important et que les dettes non encore exigibles le deviennent, aucun candidat à la gérance ne se présentera et il faudra constater l'état de cessation des paiements. Il est parfois procédé à des liquidations partielles d'actifs, si l'entreprise ne comprend pas que le fonds de commerce, afin d'apurer une partie du passif avant la conclusion du contrat de location-gérance, ou bien un concordat amiable est conclu avec tous les créanciers (67) et son exécution se trouve facilitée par le changement intervenu dans la direction du fonds et la connaissance du montant de la redevance versée par le gérant.

214 – La location-gérance, utilisée au profit d'une entreprise en difficulté, s'insère dans une négociation plus importante permettant d'assurer le renfouement et non pas seulement un changement des responsables de la gestion. La possibilité de la déchéance judiciaire du terme est opportune, en ce qu'elle oblige le débiteur à un début d'apurement d'une partie de son passif avant la conclusion du contrat.

215 – Le gérant n'est pas tenu de continuer les contrats en cours, qu'il reprend souvent en charge, à l'exception des contrats de travail maintenus de plein droit en application de l'article L.122-12 du code du travail, et la jurisprudence garantit la stabilité de l'emploi en mettant à la charge du propriétaire du fonds les contrats de travail à l'expiration de la location-gérance (68).

216 – Les créanciers du gérant bénéficient d'un avantage particulier : le propriétaire du fonds est solidairement tenu avec lui des dettes contractées à l'occasion de l'exploitation (69) à compter de la date du contrat et

(67) cf. supra n° 127 et s.

(68) cf. infra n° 281 ; Soc. 27 avril 1977, J.C.P. 1977, IV, 159, D. 1977, I.R., 254.

(69) Tel n'est cependant pas le cas pour les dettes strictement personnelles du gérant, comme des cotisations de retraite vieillesse : Com. 6 juin 1972 1^{re} espèce, D. 1972, 580, J.C.P. 1973.

(voir suite de la note à la page suivante)

jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois suivant sa publication (70). L'article 8 de la loi du 20 mars 1956 a consacré en grande partie la jurisprudence antérieure (71) et apporte une exception importante au principe de la relativité des conventions (72). Cette disposition a pour objet la protection des tiers qui pourraient ignorer le changement intervenu dans l'exploitation du fonds. En pratique, il est parfois envisagé de retarder l'entrée en jouissance du locataire-gérant jusqu'à l'expiration de ce délai de six mois, afin d'écarter cette responsabilité du propriétaire, mais cela s'avère peu réalisable (73).

Lorsque le contrat passé par le gérant pendant cette période de six mois est à exécution successive, le propriétaire se trouve tenu pour une période de temps supérieure. La Chambre commerciale, le 19 novembre 1975 (74), en faisant une interprétation littérale du texte, a considéré qu'il faut retenir la date de naissance de la dette et non celle de son échéance ; la solution pratique a semblé d'une rigueur excessive, ainsi que le soulignait le Rapport annuel de la Cour de cassation de 1975, bien qu'elle soit juridiquement exacte. Il est sans doute permis – *de lege ferenda* – d'exiger que la dette soit née et exigible dans ce délai de six mois pour engager le propriétaire, ainsi que le proposent certains auteurs, ou même de supprimer purement et simplement ce cas de responsabilité.

(suite de la note de la page précédente)

II, 17332, note A.S., Bull. IV, n° 178, p. 173, Grands arrêts de la jurisprudence commerciale, préc., p. 171, note B.B., Rev. trim. dr. com. 1975, 73, obs. A. Jauffret ; les juges du fond doivent relever le lien entre les fournitures dont le paiement est demandé et l'exploitation du fonds : Com. 19 février 1979, D. 1979, I.R., 187 et 318, Rev. trim. dr. com. 1979, 442, obs. J. Derruppé ; pour qu'une dette puisse être mise à la charge du loueur il faut qu'elle ait été « contractée à l'occasion de l'exploitation, dans le cadre même de cette exploitation et qu'elle réponde à une nécessité de celle-ci » (F. Derrida, Rép. Com., préc., n° 248) ; la Cour de cassation a récemment approuvé le rejet d'une action contre le propriétaire du fonds loué en relevant que « l'achat du locataire-gérant avait porté sur un appareil d'un prix relativement élevé et qu'il n'était pas démontré que l'acquisition de cet élément répondait à une nécessité de l'exploitation du fonds » : Com. 8 janvier 1980, J.C.P. 1980, II, 19358, note A.S., J.C.P. 1980, IV, 111, cité dans les obs. de F. Derrida sous Com. 11 déc. 1979, D. 1980, I.R., 195, Rev. trim. dr. com. 1980, p. 318, obs. J. Derruppé.

(70) Même lorsque le propriétaire obtient la nullité du contrat pour non exploitation personnelle du fonds pendant le délai prescrit à l'article 4 al. 1, il est responsable vis-à-vis des tiers (art. 11 al. 1 in fine) : Trib. gr. inst. Metz 3 nov. 1976 et 23 février 1977, préc.

(71) M. Despax, L'entreprise et le droit, L.G.D.J., 1956, n° 74.

(72) J. Rubellin-Devichi, note sous Toulouse 6 décembre 1966, D. 1967, 324.

(73) P. Didier, op. cit., p. 680 ; Rép. Com., préc., n° 258.

(74) Com. 19 novembre 1975, Bull. IV, n° 277, p. 229, J.C.P. 1976, II, 18300, note A.S., D. 1976, 286, Rev. trim. dr. com. 1976, 49 et 345, obs. A. Jauffret, Journ. Not. 1976, 1617, note J.V., Rapport de la Cour de cassation pour l'année 1975 et commentaires de ce Rapport, préc., J.C.P. 1978, D, 2882, n° 67.

La nécessaire protection des tiers pendant cette période transitoire (75) peut ainsi durer plusieurs années (76) dans le cas d'un contrat à exécution successive, à moins que la dette contractée par le locataire-gérant ait un caractère frauduleux et que le créancier soit de mauvaise foi (77), en application du droit commun ; de même, le propriétaire peut être tenu au-delà de six mois sur le fondement des règles de la responsabilité civile (78), par exemple en prenant possession immédiatement de l'ensemble des actifs du fonds à la suite d'une résiliation amiable du contrat (79). En revanche, lorsque le contrat est renouvelé par tacite reconduction, une nouvelle période de six mois, au sens de l'article 8, n'a pas lieu d'intervenir (80).

Au point de vue fiscal, le loueur est solidairement tenu avec le locataire-gérant des impôts directs établis à raison de l'exploitation du fonds, jusqu'à l'expiration du contrat, notamment pour la taxe professionnelle et la taxe sur les salaires (81).

217 – Ce régime de responsabilité du propriétaire du fonds à l'égard des dettes du locataire-gérant ayant pris naissance au cours des six premiers mois de la gérance, constitue un nouvel obstacle à la conclusion de ce contrat ; il peut inciter les créanciers antérieurs du propriétaire à deman-

(75) cf. Débats au Conseil de la République, séance du 22 novembre 1955, J.O. Déb. Parl. 1955, p. 2693.

(76) Com. 19 novembre 1975, préc., 3 années ; Rennes 28 novembre 1972, 5 années (arrêt cassé pour d'autres motifs par la Chambre commerciale le 23 juin 1974, J.C.P. 1975, II, 17987, note A.S. ; Rev. trim. dr. com. 1975, 275, obs. A. Jauffret).

(77) Com. 6 juin 1972, 2^e espèce, préc.

(78) en laissant par exemple au locataire-gérant l'usage de ses propres documents commerciaux, et s'il existe un lien de causalité entre le préjudice et la faute : Com. 12 mars 1979, D. 1979, I.R., 285.

(79) Com. 21 avril 1977, D. 1977, I.R., 358 ; Rev. trim. dr. com. 1977, 720, obs. J. Derrupé ; Com. 12 mars 1979, D. 1979, I.R., 285 ; Rev. trim. dr. com. 1979, 442, obs. J. Derrupé.

(80) Paris 29 avril 1976, D. 1977, I.R. 92.

(81) Article 1684 3^e Code général des impôts ; P. Puyraveau, La location-gérance de fonds de commerce et ses aspects fiscaux, Rev. Jurisp. Com 1979, 201.

En l'absence de texte impératif imposant la charge définitive de la T.V.A. à l'une ou l'autre des parties, les juges du fond appliquent les conventions conclues sur ce point par celles-ci : Com. 13 avril 1976, Bull. IV, n° 124, p. 107, D. 1976, I.R., 190, admettant que cette taxe, afférente au paiement des redevances, soit mise à la charge du locataire-gérant ; Com. 20 février 1979, D. 1979, I.R., 318 ; Bull. IV, n° 76, p. 58 ; Rev. trim. dr. com. 1979, 706, obs. J. Derrupé.

der en justice la déchéance du terme, aggravant ainsi la situation passive de l'entreprise. Dans le même temps, ces dispositions évitent l'utilisation de la location-gérance comme une technique dilatoire lorsque l'importance du passif rend nécessaires d'autres mesures, comme l'ouverture d'une procédure de concours, et dans cette dernière situation, le syndic pourra être autorisé à conclure un tel contrat (82).

La redevance perçue par le loueur lui permet un droit de regard sur le compte d'exploitation du gérant, lorsqu'elle n'est pas seulement fixe, mais est établie sur la base d'un pourcentage du chiffre d'affaires ou des bénéfices ; elle peut aussi varier en fonction d'une clause d'échelle mobile et les articles 12 et 13 de la loi du 20 mars 1956 prévoient un système de révision judiciaire du montant de la redevance si par le jeu de la clause elle varie de plus ou moins du quart par rapport au montant antérieurement fixé (83).

Le droit positif prend ainsi en considération l'origine professionnelle des dettes pour réserver aux créanciers un sort particulier (84), et ces mesures de protection sont révélatrices de la nature particulière de ce contrat ; la notion moderne d'entreprise permet d'en rendre compte (85), mieux que celle de location, sans parvenir toutefois à justifier tous les aspects originaux de cette convention.

218 – Le contrat de location-gérance peut aussi être conclu avec une société d'exploitation créée à cette intention, et les conditions ainsi que les effets étudiés précédemment sont identiques ; il convient cependant de relever quelques particularités. Il est assez fréquent que des fournisseurs, créanciers de l'entreprise, participent à la création d'une telle société d'exploitation, ainsi que l'ont noté les praticiens et l'on estime que l'opération donne en général de bons résultats (86), les créanciers ayant intérêt à bien gérer le fonds pour recouvrer leur dû et conserver des rapports commerciaux, et participant ainsi directement à l'opération de renflouement de l'entreprise.

La société d'exploitation prend la forme d'une société commerciale, avec un capital social généralement égal au minimum requis par la loi, et

(82) cf. *infra* n° 276 et s.

(83) *Rép. Com.*, préc., n° 238 et s.

(84) A. Jauffret, *Créanciers de l'entreprise et créanciers de la personne en droit français*, *Lib. amicorum Baron Fredericq*, 1965, T. 2, 637.

(85) *Rép. Com.*, préc., n° 28 et s.

(86) H. Richaud, *Conférence-débat des « Mercredis de la comptabilité »*, Lyon 9 février 1977, *Supplément à la Revue Française de comptabilité* n° 75, 1977, p. 16.

elle inclut dans ses frais généraux les appointements des dirigeants ainsi que le montant de la redevance versée au loueur ; la mise en location-gérance du fonds ne constituant pas un apport en société, elle échappe aux dispositions fiscales des cessions d'entreprise au sens de l'article 201 du Code général des impôts.

L'intérêt majeur de cette formule, en plus de la perspective d'une cession à terme du fonds à la société d'exploitation, est de rendre nécessaire une étude attentive de la situation exacte de l'entreprise, notamment si des créanciers ou des salariés participent à la création de cette société : on envisage les moyens nécessaires pour assurer le renflouement et donner un nouveau crédit à l'entreprise. La location-gérance devient ainsi une véritable technique de renflouement, ou en constitue un élément très important.

Fréquemment, la gravité des difficultés rencontrées par l'entreprise provoque l'ouverture d'une procédure de concours dans le cadre de laquelle une société d'exploitation est constituée (87) ou bien, ces mêmes difficultés rendent nécessaire la nomination d'un administrateur provisoire qui pourra être conduit à conclure un contrat de location-gérance.

B. Convention conclue par un administrateur provisoire :

219 – Lorsqu'un administrateur provisoire a été désigné (88), il peut conclure un contrat de location-gérance dans les conditions du droit commun, sans faire appel aux dispositions particulières de l'article 9 de la loi du 20 mars 1956. Peut-il de sa propre autorité passer un tel contrat, lorsqu'il a reçu le pouvoir de gérer et d'administrer l'entreprise ? Il ne s'agit pas là d'un acte d'administration (89) et il lui faut l'accord des associés, dans les mêmes conditions que les dirigeants qu'il remplace (90) ; on a cependant considéré qu'il lui faut en plus l'autorisation du tribunal (91), puisqu'il s'agit d'une substitution de mandataire et que l'article 1 du Décret du 20 mai 1955 interdit à quiconque n'est pas inscrit sur une liste dressée par la Cour d'appel de prendre en charge la gestion du patrimoine d'autrui. L'argument ne peut être soutenu, puisque le locataire-gérant ne

(87) cf. *infra* n° 276 et s.

(88) cf. *supra* n° 190 et s.

(89) *Rép. Com.*, *préc.*, n° 33 et s.

(90) cf. *supra* n° 212 ; Y. Guyon, *Les missions des administrateurs provisoires de sociétés*, *Mélanges D. Bastian*, *préc.*, p. 103, n° 11.

(91) C. de Buttet, *L'administration provisoire des sociétés commerciales*, *thèse, préc.*, n° 210.

remplace pas l'administrateur provisoire, ce dernier ne concluant qu'un contrat déterminé portant sur l'administration du fonds de commerce. En outre, la solution paraît excessive alors que la jurisprudence autorise un administrateur provisoire à procéder à certaines opérations plus graves, tels que des actes de disposition des éléments d'actif inutiles à la continuation de l'exploitation. La location-gérance ne présente pas les mêmes dangers et permet au contraire à la fois une meilleure gestion et la perception de redevances ; les garanties professionnelles de l'administrateur provisoire et l'acceptation des associés paraissent suffisantes (92).

L'article 9 de la loi du 20 mars 1956 envisage le cas dans lequel l'administrateur provisoire a été autorisé à conclure un contrat de location-gérance par l'autorité qui l'a désigné ; les dispositions des articles 4, 5 et 8 de la loi sont alors écartées, à condition que les autres formalités aient été accomplies. Cette dispense légale de certaines conditions et effets s'avère importante pour l'exclusion de la responsabilité solidaire de l'article 8 : en quelque sorte, le législateur a estimé que la conclusion du contrat par un mandataire de justice justifie un retour au droit commun et rend inutile le maintien d'un cas exorbitant de responsabilité du loueur.

220 – La nomination d'un administrateur provisoire et l'autorisation formelle de conclure un tel contrat permettent une régénération de l'entreprise, en lui conférant ainsi qu'on a pu le dire (93) une « virginité juridique, comptable et financière » ; l'administration provisoire et la location-gérance utilisées pour redresser une entreprise en difficulté constituent des moyens d'assurer la survie du fonds de commerce ; elles permettent le renfouement de l'unité d'exploitation, en garantissant que le passif antérieur sera exactement recensé, que la mesure sera adaptée à l'état réel de l'entreprise et à ses chances de pouvoir apurer son passif grâce à la redevance perçue, et qu'un échéancier de remboursement sera établi.

Ce véritable plan de redressement et d'apurement offre des garanties au locataire-gérant, qui peut prendre une exploitation sans redouter le prononcé d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens à l'encontre du loueur qui viendrait mettre fin au contrat (94).

(92) en ce sens : Y. Guyon, *op. cit.*

(93) C. Champaud, débats lors du Colloque de mai 1976, *préc.*, p. 480.

(94) La jurisprudence déclare nulle la clause de résiliation de plein droit du contrat de location-gérance en cas de prononcé d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens : Com. 17 mars 1975, D. 1975, 553, note F. Derrida, *Rev. trim. dr. com.* 1975, 637, obs. R. Houin, E. Le Gall ; Com. 11 décembre 1978, D. 1979, 441, note F. Derrida ; la solution est consacrée par le projet de loi n° 975, *préc.*, dans son article 46.

Avec l'aide de quelques créanciers, ou salariés, le gérant pourra aussi constituer une société d'exploitation, ou envisager l'éventualité d'une cession du fonds.

II – LA LOCATION GERANCE : ETAPE DANS LE PROCESSUS DE CESSION DU FONDS :

221 – La convention peut être affectée d'une promesse de vente par laquelle le propriétaire prend l'engagement de vendre le fonds si le locataire-gérant lève l'option dans le délai convenu. Cette promesse unilatérale obéit au régime de droit commun (95), est soumise aux formalités de l'article 1840 A du code général des impôts (96) et comporte éventuellement la stipulation d'un dédit (97). Pendant sa durée le loueur a la possibilité d'effectuer toutes les opérations attachées à son titre, notamment céder le fonds à un tiers ou le donner en nantissement ; le locataire-gérant pourra seulement réclamer des dommages et intérêts, à moins qu'il ne démontre l'existence d'un concert frauduleux entre le propriétaire et le tiers acquéreur (98).

222 – Les contractants entendent parfois réaliser successivement les deux opérations, en respectant leurs conditions particulières, ou bien être liés définitivement par la cession dès la conclusion de la location-gérance ; ce dernier procédé est utilisé pour éviter l'application des règles protectrices des créanciers du vendeur du fonds de commerce (99) et les incidences

(95) Rép. Civ., V° Promesse de vente, par L. Boyer ; en l'absence de dissimulation du prix, la nullité d'une location gérance avec promesse de vente peut être recherchée sur le fondement de la loi du 29 juin 1935 et n'exclut pas les sanctions du droit commun, en particulier lorsque les informations inexactes concernant le chiffre d'affaires ont vicié le consentement donné à la promesse de vente et au contrat de location gérance (Rennes 26 mars 1979, D. 1980, I.R., 175, J.C.P. 1979, IV, 335, Rev. trim. dr. com. 1979, 443, obs. J. Derruppé).

(96) La nullité édictée par l'article 1840 A du Code général des impôts paraît rigoureuse et incite les juges à écarter la qualification de promesse unilatérale en considérant qu'il s'agit d'un contrat *sui generis* (cf. par exemple le cas du contrat préliminaire de réservation d'immeuble à construire), ou en la qualifiant de promesse synallagmatique, notamment lorsque le dédit stipulé est tellement important qu'il oblige le bénéficiaire à acheter, cf. J. Derruppé, obs. Rev. trim. dr. com. 1977, 718, et même Revue 1978, 560, n° 6, et Com. 13 février 1978, Bull. IV, n° 60, p.49.

(97) Rép. Civ., V° Arrhes, par R. Decottignies.

(98) C. Atias, La promesse unilatérale de vente et la vente ultérieure à un tiers de mauvaise foi (réexamen d'une jurisprudence constante) J.C.P. 1978, éd. N, D, p. 291.

(99) article 3 de la loi du 17 mars 1909.

fiscales d'une cession. Le déguisement d'une vente sous l'apparence d'une location-gérance est révélé par certains indices, tels que le montant excessif de la redevance par rapport à la valeur locative, ou l'obligation pour le gérant de couvrir toutes les charges afférentes au fonds, y compris celles qui incombent normalement au propriétaire (100). Ces contre-lettres sont déclarées nulles par la jurisprudence, et après quelques hésitations sur le fondement de cette nullité (101) on a retenu l'article 1840 du code général des impôts : selon cet article, sont nulles les contre-lettres ayant pour but de dissimuler partie du prix de cession du fonds de commerce. Dans l'hypothèse visée il s'agit bien d'échapper aux droits fiscaux correspondant à la cession.

On s'est demandé si la nullité de la contre-lettre entraîne celle du contrat de location-gérance, ou bien si l'acte apparent est seul maintenu ? Pendant longtemps la jurisprudence s'est prononcée en faveur de l'annulation de l'ensemble de l'opération, en considérant que la contre-lettre et l'acte apparent étaient indivisibles, l'un étant la cause impulsive et déterminante de l'autre (102) ; mais récemment la Cour de cassation a considéré que la nullité prévue par l'article 1840 du Code général des impôts ne « sanctionne pas la convention réalisant une simulation de son véritable caractère, mais seulement celle qui porte dissimulation de tout ou partie du prix de vente » (103).

La solution retenue ne constitue pas un retour au régime de la nullité des contre-lettres en droit civil (104), puisque la Chambre commerciale applique la nullité de l'article 1840 du Code général des impôts « nonobstant l'existence entre les deux conventions de l'indivisibilité que la cour d'appel n'avait pas à rechercher » (105) et fait ainsi prévaloir l'efficacité

(100) Rép. Com., préc., n° 380.

(101) Rép. Com., préc., n° 374 et s.

(102) cf. cette jurisprudence : note J. Ghestin sous Com. 8 mai et 6 nov. 1979 cités note suivante.

(103) Com. 19 février 1979, D. 1979, I.R., 320, J.C.P. 1979, IV, 143, Rev. trim. dr. com. 1979, 442, obs. J. Derrupé ; Com. 22 déc. 1975, Bull. IV, n° 316, p. 263, D. 1976, I.R., 83 ; Com. 8 mai 1979, J.C.P. 1979, II, 19192, note A.S., Rev. trim. dr. com. 1980, 74, obs. J. Derrupé, D. 1980, 283, note J. Ghestin ; Com. 6 nov. 1979, D. 1980, 283, note J. Ghestin.

(104) A. Weill et F. Terré, Droit civil, Les obligations, 2^e éd., 1975, Dalloz, n° 571, p. 624 ; B. Starck, Droit civil, Les obligations, 1972, Lib. Techn., n° 1712 ; J. Carbonnier, Droit civil, 4, Les obligations, 9^e éd., P.U.F., n° 40 ; ce dernier auteur relève (ibid., politique législative, p. 141) que la thèse libérale consacrée par l'article 1321 C. civ. pourrait laisser la place à une nullité généralisée de l'ensemble de l'acte.

(105) Com. 8 mai 1979, préc.

de la sanction sur la recherche de la volonté des parties quant au caractère essentiel de la clause illicite ou de son indivisibilité à l'égard de l'ensemble du contrat (106).

223 – En conclusion, le contrat de location-gérance présente à la fois des dangers et certains risques (107) mais aussi offre des avantages notables permettant de contribuer efficacement au renfloement d'une entreprise en difficulté : elle favorise des changements dans le personnel de direction et dans les modes de gestion du fonds de commerce ou de l'unité d'exploitation, avec la perspective d'une cession pure et simple.

En pratique, de nombreuses sociétés d'exploitation sont constituées, parfois à l'aide de garanties apportées par les autorités municipales, régionales ou nationales, avec la participation de quelques créanciers, de salariés de l'entreprise, ou de tiers.

Le contrat de location-gérance utilisé dans le cas d'une entreprise défaillante permet ainsi de redresser l'ensemble économique et social, et s'il conserve un rôle préventif prédominant, la nécessité d'élaborer un véritable plan de renfloement dans les différentes situations lui assigne un rôle curatif permanent. Que ce soit pour éviter les actions des créanciers du propriétaire du fonds, dans le cadre d'une administration provisoire ou lorsque existe la perspective d'une cession, l'institution n'est efficace qu'à la condition d'avoir ce double rôle préventif et curatif en même temps.

224 – Les techniques structurelles tendant à éviter le recours aux procédures de concours ou à traiter efficacement l'entreprise en difficulté peuvent ainsi, à titre provisoire, apporter un certain nombre de solutions. L'administration provisoire, comme la location-gérance présentent de nombreuses garanties de sérieux et une réelle souplesse dans leur utilisation (108), mais leur caractère temporaire ne signifie pas pour autant qu'elles sont dilatoires. Au contraire, il apparaît clairement que leur mise en œuvre suppose l'élaboration de véritables plans de renfloement et non pas seulement de quelques mesures d'attente. Utilisées pour prévenir l'aggravation des difficultés de l'entreprise, elles n'ont d'efficacité réelle qu'à la condition de remplir une mission curative, et la pratique actuelle de ces techniques tend de plus en plus à leur confier cette tâche. Cette évolution, et les propositions d'extension formulées, telle que la possibili-

(106) note J. Ghestin préc.

(107) P. Puyraveau, art. préc., p. 209.

(108) Il convient cependant de relever que la location-gérance peut être utilisée, en pratique, par le loueur dans le but de porter atteinte aux droits de ses créanciers.

té pour les créanciers ou les salariés de requérir la nomination d'un administrateur provisoire, expriment la prise de conscience de la nécessité de ne pas disjoindre les fonctions préventives et curatives.

De nombreux obstacles subsistent encore qui empêchent le développement de ces techniques, notamment en matière d'information, et ces mesures temporaires, en dehors du cas de la gérance-vente, doivent le plus souvent être complétées. Une modification plus nette encore des structures de l'entreprise, et non plus une forme de dessaisissement des organes de direction ou de gestion, s'avère alors indispensable afin de les adapter à la situation nouvelle ou de favoriser un apport extérieur de capitaux permanents.

CHAPITRE II

LES TRANSFORMATIONS STRUCTURELLES

225 – La transformation structurelle de l'entreprise en difficulté n'est généralement que l'étape ultime d'autres opérations de redressement ou de négociations avec des tiers. Selon l'importance de son passif, son degré de viabilité économique, les causes de ses difficultés, il sera fait appel aux diverses formes d'emprunts, d'apports de capitaux, de modifications dans les organes de gestion, de liquidation partielle... Dans tous les cas, que la personne morale disparaisse purement et simplement ou soit maintenue, il ne s'agit que de la mise en forme d'une opération de redressement économique et financier. A la différence des autres techniques de renflouement, l'action sur les structures juridiques de l'entreprise n'a pas pour objet de résoudre quelques difficultés potentielles ou réelles, mais de constituer la conclusion de tout un processus complexe. Il convient, en effet, de tenir compte de tous les aspects de l'entreprise, c'est-à-dire de sa capacité de production, de ses éléments commerciaux, de l'effectif de ses salariés, du maintien de ses dirigeants actuels ou de leur remplacement, ainsi que des rapports entre les apporteurs de capitaux et les interventions de tiers. C'est l'entreprise elle-même qui se trouve renflouée par ces moyens et l'inexistence en droit de son statut oblige parfois à procéder à un véritable montage juridique qui porte sur l'entreprise personnelle ou la personne morale existante.

Les procédés juridiques sont très nombreux et adaptés à chaque cas particulier. Certains d'entre eux ne semblent pas correspondre à l'objectif du renflouement : il s'agit des moyens de collaboration entre sociétés, tels

que la constitution d'une filiale commune, d'un groupement d'intérêt économique, la conclusion d'accords de coopération ou de contrats de sous-traitance. Ces moyens assurent l'expansion des entreprises et ne permettent qu'incidemment de surmonter des difficultés potentielles.

En revanche de véritables transformations des structures juridiques peuvent permettre un redressement de l'entreprise, et les pouvoirs publics en ont pris conscience récemment en incitant à la création d'entreprises nouvelles. Ces dernières mesures ont été aussitôt étendues aux hypothèses de « reprise » d'établissements en difficulté.

I - LES TRANSFORMATIONS DES STRUCTURES JURIDIQUES :

226 – Il convient de ne pas réduire le domaine de ces transformations des structures juridiques aux opérations de cession pure et simple, de prise de contrôle ou d'apport à une société déjà existante. En effet, la gravité des difficultés de nombre d'entreprises appelle fréquemment ces solutions extrêmes, y compris dans le cadre des procédures collectives. Ces techniques de concentration font partie des mesures curatives et feront l'objet d'une étude plus précise avec les autres techniques curatives (1).

Mais les simples transformations des structures juridiques, par création d'une nouvelle société, d'une société d'exploitation, ou de la constitution d'un groupement à caractère commercial à partir d'une entreprise individuelle, ne constituent pas une véritable opération de concentration, au sens économique de la notion, bien qu'il y ait souvent des liquidations de certaines unités économiques (2), que l'on ait recours à des apports de capitaux nouveaux, ou que des licenciements soient réalisés.

Ces transformations structurelles permettent de prévenir l'aggravation de la situation, et à ce rôle préventif s'ajoute une fonction curative importante.

227 – L'entreprise exploitée sous forme individuelle peut adopter la forme d'une société commerciale, favorisant ainsi l'apport de capitaux per-

(1) cf. *infra* n° 302 et s.

(2) La cession de certaines immobilisations est elle aussi fréquente, permettant de faire face à quelques difficultés financières ; cf. les faits de Paris 19 février 1979, J. C. P. 1979, II, 19 172, note C. Gavalda et J. Stoufflet ; mais l'importance de ces cessions peut mettre la société « en sommeil » et l'on a estimé que cette dernière situation ne constitue pas un motif pour obtenir la dissolution judiciaire de la société à la demande d'un associé : Com. 17 janvier 1978, Rev. Soc. 1978, p. 479, note B. Boulloc, et les références citées.

manents tout en limitant la responsabilité des associés (3) ; il suffit de respecter les règles ordinaires de constitution et de fonctionnement propres à chacune des catégories de sociétés. De même une société commerciale peut être transformée en une autre forme (4), une société en commandite ou en nom collectif devenant une société à responsabilité limitée ou anonyme ; parfois, la forme de société anonyme à directoire est choisie afin de reléguer le fondateur âgé à un poste moins important que celui de président du conseil d'administration et de rénover les modes de gestion et de direction (5).

Tous les cas de figure ne peuvent être cités, et la situation difficile de l'entreprise qui voit son statut juridique modifié par ces moyens impose seulement un respect scrupuleux des règles de constitution de ces sociétés, et en particulier des dispositions assurant la protection des actionnaires, des créanciers et des règles en matière d'apports en nature (6).

228 – En plus de l'utilisation des formes courantes de sociétés commerciales, d'autres possibilités existent comme la société anonyme à participation ouvrière, dont le statut a été rénové par la loi du 8 juillet 1977 (7), ou la société coopérative ouvrière de production modifiée par la loi du 19 juillet 1978 (8). Ce dernier texte a eu pour objectif d'associer plus

(3) Ils peuvent aussi vouloir bénéficier des avantages fiscaux et sociaux des salariés, et le choix se portera sur la société anonyme.

(4) art. 236 et s. de la loi du 24 juillet 1966 pour les sociétés anonymes.

(5) cf. les faits d'une espèce significative, résumés supra n° 9 ; *adde* : J. Burgard, Heurs et malheurs de la société à directoire, *Rev. Jurisp. Com.* 1975, 279 ; J. J. Caussain, La société à directoire : bilan et perspectives, *J. C. P.* 1977, éd. C. I., II, 12 451 ; P. Le Cannu, La société anonyme à directoire, thèse, L. G. D. J., 1979.

(6) J. M. Robert, Réflexions sur le délit de majoration frauduleuse d'apports en nature, *D.* 1974, *Chr.*, 97 ; *Crim.* 12 avril 1976, *Rev. Soc.* 1977, 293, note B. Bouloc et les références citées ; pour la responsabilité d'un commissaire aux apports, *Trib. Com. Paris* 24 juin 1974, *Rev. Jurisp. Com.* 1977, 157, note E. du Pontavice et les références citées ; *adde* : M. Delmas-Marty, Les délits financiers dans le cadre des sociétés commerciales, *D.* 1978, *Chr.*, 87.

(7) Loi 77-748 du 8 juillet 1977, *J. O.* 10 juil., *D.* 1977, L, 286.

(8) Loi 78-763 du 19 juillet 1978, *J. O.*, 20 juil., *D.* 1978, L, 335, *J. C. P.* 1978, III, 47503 et Décret 79-67 du 18 janvier 1979, *J. O.*, 24 janv., *J. C. P.* 1979, III, 48101, *D.* 1979, L, 86, Décret 79-376 du 10 mai 1979, *J. O.* 22 mai, *D.* 1979, L, 196, Décret 79-558 du 27 juin 1979, *J. O.* 6 juil., *J. C. P.* 1979, III, 48750, *D.* 1979, L, 246 ; M. F. Mialon, La réforme des sociétés coopératives ouvrières de production, *Dr. Social* 1979, 211, R. Blancher, *Gaz.-Pal.* 1979, II, D, 376, M. Jeantin, *Rev. trim. dr. com.* 1979, 471 ; M. Petot-Fontaine, Les difficultés d'application du nouveau statut des coopératives ouvrières de production, *Rev. Soc.* 1980, 401 ; cf. *infra* n° 338.

étroitement les coopérateurs et les salariés à la gestion de l'entreprise, en en faisant des sociétés à capital variable, constituées sous la forme de sociétés anonymes ou de sociétés à responsabilité limitée. Une telle formule est d'ailleurs assez fréquemment utilisée après le prononcé d'une procédure de liquidation des biens, lorsque les salariés participent à l'opération de renfouement de leur entreprise (9).

Dans certains cas, une société d'exploitation avait déjà été constituée en vue d'exploiter le fonds de commerce donné en location-gérance, et à l'expiration de ce contrat ou en exécution d'une promesse de vente qu'il contenait, la société d'exploitation procède à l'acquisition du fonds (10). La société d'exploitation peut aussi être créée pour reprendre une entreprise défaillante, par quelques-uns de ses associés, seuls ou avec des tiers, ou encore par ses salariés ou ses cadres (11).

(suite de la note de la page précédente)

En 1977, 556 de ces sociétés avaient adhéré à la Confédération générale des coopératives ouvrières, représentant 4 200 millions de F de chiffre d'affaires (M. F. Mialon, art. préc., p. 212). Le personnel de la *Société Lip* a d'ailleurs constitué une société de ce type, le 29 novembre 1977. En 1980, il est question d'en constituer une nouvelle en collaboration avec le C. I. A. S. I., des mutuelles, la ville de Besançon, la banque fédérative du Crédit mutuel, le Fonds d'expansion corporatif, le F. D. E. S., la caisse centrale du Crédit coopératif et du Crédit Hôtelier. Ces derniers se sont engagés à financer l'opération, sous forme de participation au capital et de prêts participatifs à hauteur de 16 millions de F. La nouvelle société a obtenu l'autorisation des syndicats d'utiliser la marque Lip, va transférer son activité dans les nouveaux locaux d'une usine désaffectée proche de Palente, acquise par un syndicat mixte associant la chambre de commerce du Doubs et la ville de Besançon et dont la coopérative Lip deviendra propriétaire au terme d'un contrat de location-vente d'une durée de 15 ans. Cette nouvelle société coopérative se limitera au montage des articles d'horlogerie, à partir d'éléments achetés ailleurs. Un véritable plan, économique et financier, a été négocié en contrepartie de ces nombreux concours et il est prévu à terme d'embaucher un certain nombre de salariés (Le Monde, 16 octobre 1980, p. 37). On peut citer aussi la coopérative *Copatex*, fondée en 1960, spécialisée dans le pantalon (Pantashop), qui en 1980 possède 360 magasins réalisant un chiffre d'affaires total de près de 500 millions de F et qui a développé considérablement ses ventes à l'exploration (Le Monde 28 octobre 1980, p. 25).

(9) V. Maurus, Le renouveau difficile des coopératives ouvrières de production (à propos de la société Manuest), Le Monde 29 septembre 1976, p.1.

(10) cf. supra n° 207 et s. ; cf. *aff. Manufrance*, supra n° 45, et infra n° 338.

(11) cf. l'hypothèse d'une tentative faite par les cadres d'une entreprise en liquidation des biens de racheter la marque, de louer à un tarif relativement faible un local et d'opérer un montage financier ; Rép. Min. n° 29 195, J.O. Déb. Ass. Nat. 4 août 1980, 3 299 ; mais la création d'une société nouvelle peut être constitutive de faits de concurrence déloyale, et les fondateurs de l'entreprise ne peuvent éluder leur responsabilité personnelle en arguant de la reprise de leurs engagements par la société, dans les conditions de l'article 5 de la loi du 24 juillet 1966 : Paris 24 février 1977, D. 1978, 32, note J.C. Bousquet, J.C.P. 1978, II, 18 958, note Y. Chartier, Rev. Soc. 1978, 472, note D. Randoux, Rev. trim. dr. com. 1978, 580, n° 3, obs. C. Champaud.

De nombreuses aides des pouvoirs publics et des incitations fiscales ont été instituées afin de favoriser la création d'entreprises nouvelles et ces mesures ont été récemment étendues aux hypothèses de reprises d'entreprises en difficulté.

II - LES AIDES A LA CREATION D'ENTREPRISES NOUVELLES :

229 – L'aide à la création d'entreprises nouvelles est considérée depuis quelques années comme l'une des actions prioritaires des pouvoirs publics.

Un dispositif incitant à la création et à la reprise d'entreprises par des cadres avait été mis en place par le Conseil des Ministres du 8 décembre 1976 et leur avait déjà accordé le maintien des allocations publiques de chômage pendant six mois ainsi que l'accès aux prêts à long terme financés par l'emprunt de 1976 en faveur des petites et moyennes entreprises (12).

Puis la loi du 3 janvier 1979 (13) a permis aux salariés privés involontairement d'emploi, qui créent une entreprise ou en reprennent une avant le 31 décembre 1980, à titre individuel, dans le cadre d'une société commerciale ou d'une société coopérative ouvrière de production, de conserver pendant six mois les allocations de l'aide publique au chômage et de bénéficier de la gratuité de leur couverture sociale. Ce texte expérimental, dont les résultats sont intéressants (14), a été modifié par la loi du

(12) Rép. Min. n° 22523, J.O. Déb. Sénat, 29 mars 1977, p. 340, J.C.P. 1978, IV, 120.

(13) Loi 79-10 du 3 janvier 1979, J. O. 4 janvier 1979, 20, D. 1979, L, 50, J. C. P. 1979, III, 48 036, Rev. Soc. 1979, 162, Rev. trim. dr. com. 1979, 704, obs. J. Derupé ; Circulaire du 27 avril 1979, J. O. 9 juin 1979, 4 798, D. 1979, L, 220, J. C. P. 1979, III, 48 646, et Décret 79-880 du 10 octobre 1979, J. O. 12 octobre, 2 250, D. 1979, L, 357.

(14) Rép. Min. n° 26 236, J. O. Déb. Ass. Nat. 31 mars 1980, 1 355, Rép. Min. n° 28 687, ibid. 19 mai 1980, 2 081 ; Rép. Min. n° 29 369, ibid., 4 août 1980, 3 329. En 1979, 9 290 demandeurs d'emploi, créateurs d'entreprises, ont bénéficié de ces dispositions, sans compter les autres aides possibles (Rép. Min. n° 29 690, ibid. 28 juillet 1980, 3 197). En outre les Assedic peuvent accorder des prêts et dons : en 1979, 1 144 interventions ont été réalisées par les fonds sociaux des Assedic pour un montant de 3,4 millions de francs ; en moyenne un dossier sur huit a bénéficié d'une aide supplémentaire des Assedic d'un montant moyen de 7 400 francs.

Pour les 3 premiers mois de l'année 1980, 610 dossiers ont été acceptés pour un montant de 2,5 millions de francs, ce qui traduit une forte augmentation (Rép. Min. n° 29 369, préc.).

22 décembre 1980, qui pérennise les dispositions de la loi du 3 janvier 1979, l'actualise en tenant compte des modifications apportées au régime d'indemnisation des salariés privés d'emploi par la loi du 16 janvier 1979, et en étend le bénéfice aux activités non salariées indépendantes (14 bis).

Dans ce même domaine des aides apportées à la création d'entreprises nouvelles (15), un certain nombre de mesures correspondant à cet objectif ont été adoptées. Un Fonds national de garantie pour les créateurs d'entreprises (16) a été créé, les Chambres de Commerce et les banques (17) ont mis en place des structures d'accueil et d'information, en mars 1979 l'Agence Nationale pour la création d'entreprise (A.N.C.E.) a

(suite de la note de la page précédente)

Un bilan plus précis a été fait à l'occasion du vote de la loi du 22 décembre 1980 : au total, depuis 1979, 15 800 personnes ont bénéficié de la loi du 3 janvier 1979 jusqu'à la fin du 1er semestre 1980 ; une enquête effectuée en 1980 dans 79 départements, sur 3 930 bénéficiaires et 3 216 entreprises révèle que 73,7 % sont des entreprises artisanales individuelles, et que 88,2 % correspondent à des créations, et seulement 11,8 % à des cas de reprise d'entreprises : cf. Rapport A. Rabineau, sur le projet de loi modifiant la loi du 3 janvier 1979, Sénat n° 50, 23 octobre 1980, Rapport D. Bariani, Ass. Nat. n° 2066, 13 novembre 1980, et Ass. Nat., 3e séance du 26 novembre 1980, J.O. Déb. Ass. Nat., 27 novembre 1980, p. 4 420.

(14 bis) Loi n° 80-1035 du 22 décembre 1980, J.O. 23 décembre 1980, 3018, D. 1981, L. 9, J.C.P. 1981, III, 50672.

Alors qu'auparavant ils ne percevaient que 4500 F d'aide forfaitaire, les salariés privés d'emploi qui créent ou reprennent une entreprise pourront recevoir une somme représentant six mois de l'allocation réellement perçue au titre de l'indemnisation chômage, versée en une seule fois, et pouvant atteindre jusqu'à 85 500 F ; D.81-53 du 23 janvier 1981, J.O. 25 janvier 1981, 339, J.C.P. 1981, III, 50884, D. 1981, L. 73.

(15) Rappr. supra n° 97, La suspension gracieuse des poursuites en matière fiscale, n° 176, la déduction des dividendes en cas d'augmentation de capital et de création d'entreprise, prévue par la loi du 13 juillet 1978 ; cf. : la proposition de création d'un plan-d'épargne P. M. E. par R. Pouget : La souscription ou l'acquisition de droits sociaux par les salariés et les dirigeants des P. M. E., Dix ans de droit de l'entreprise, préc., p. 543, spéc., p. 564 ; Rép. Min. n° 16 989, J. O. Déb. Ass. Nat., 15 septembre 1979, 7 303, Bulletin de la Caisse Nationale des marchés de l'Etat, 4^e trimestre 1977, n° 1 : Les créations d'entreprises industrielles ; ibid. 1977, n° 33, p. 33 : le financement de la création d'entreprises et le rôle des circuits bancaires.

(16) Sa création a été décidée par le Conseil des Ministres le 14 mars 1979 ; il est alimenté par des contributions budgétaires de l'Etat et des institutions bancaires pour garantir à hauteur de 65 à 75 % les prêts consentis aux entreprises nouvelles ; doté de 20 millions de francs par l'Etat, sa gestion a été confiée à la Caisse Nationale des marchés de l'Etat ; au 31 décembre 1979, 104 demandes étaient acceptées, représentant 43 millions de francs de prêts garantis à hauteur de 28 millions de francs (Rép. Min. n° 29 690, J. O. Déb. Ass. Nat., 28 juillet 1980, 3 197).

(17) Le Crédit du Nord vient d'éditer le « Guide des services de la banque à l'entreprise », coll. Les cahiers du chef d'entreprise, n° 1, septembre 1980, qui contient de très nombreuses informations et les adresses indispensables au créateur d'entreprise.

été instituée (18) des prix ont été attribués par certaines banques (19) ou à l'occasion des Salons de la création d'entreprise (20), des prêts d'honneur (21) ont été prévus, et enfin diverses mesures permettent le cautionnement des prêts (22), l'octroi de primes régionales (23) ainsi que des avantages fiscaux. Le Gouvernement a enfin créé dans chaque préfecture un service d'accueil pour les créateurs d'entreprise, permettant d'assurer une meilleure information et le dépôt des dossiers correspondant aux diverses aides publiques (24).

La loi de finances pour l'année 1978 (25), dans son article 18, a incité

(18) Sa mission consiste à faciliter la création d'entreprise par une action de sensibilisation et de promotion de l'esprit d'entreprise, des missions d'étude sur l'amélioration des conditions de la création et l'accueil, l'information et l'orientation des candidats à la création. On évalue à deux cents le nombre des projets proches de l'aboutissement qui ont trouvé auprès de cette Agence une information et des conseils décisifs pour concrétiser leur opération. Pour une analyse détaillée des contacts entre l'Agence et les créateurs, cf. Rép. Min. n° 28 303, J. O. Déb. As. Nat., 7 juillet 1980, p. 2 888.

Un guide fiscal du créateur d'entreprise (La Documentation française, 1980), élaboré par la direction générale pour les relations avec le public, la direction générale des impôts et le service de la législation fiscale du Ministère du Budget vient d'être publié.

(19) Banque 1979, 728.

(20) Deux Salons ont été organisés à l'initiative de l'établissement public régional du Limousin, au Puy en 1977 et 1978 (Le Monde 21 sept. 1977, p. 45 et 30 sept. 1978, p. 28) ; Salon de Tarbes, 4-7 juin 1980 (le Monde 11 juin 1980, p. 44), au cours duquel 11 millions de francs de prix ont été distribués.

(21) Déclaration de M. Monory, le Monde 8 mars 1979, p. 32.

(22) Décret 77-849 du 27 juillet 1977 (J. O. 28 juillet p. 3 941, D. 1977, L, 341, Rev. trim. dr. com. 1977, 488, n° 13, obs. J. Derruppé) autorisant les établissements publics régionaux à faciliter le cautionnement des prêts consentis à certaines entreprises industrielles.

(23) Décret 77-850 du 27 juillet 1977 (J. O. 28 juillet 1977, p. 3 942, D. 1977, L, 342, Rev. trim. dr. com. 1977, 483, n° 14, obs. J. Derruppé) habilitant les établissements publics régionaux à accorder une prime régionale à la création d'entreprises industrielles ; modifié par le Décret 78-461 du 28 mars 1978, J. O. 1 avril 1978, p. 1 407, D. 1978, L, 228, J. C. P. 1978, III, 47 115, et par le Décret 80-340 du 13 mai 1980, J. O. 14 mai 1980, p. 1 208, D. 1980, L, 202, J. C. P. 1980, III, 49 891, portant le montant maximum de la prime à 50 000 F et de la prime majorée à 100 000 F (art. 4).

Au 31 décembre 1979, 1 675 demandes de primes étaient acceptées pour un montant total de 104 millions de francs (Rép. Min. n° 29 690, préc.) ; en outre, au 31 décembre 1979, 252 entreprises industrielles nouvellement créées avaient bénéficié d'une prise de participation minoritaire de Sociétés de Développement Régional, pour un montant total de 47,5 millions de francs (ibid.).

(24) Rép. Min. n° 16 493, J. O. Déb. Ass. Nat. 3 décembre 1979, 11 177 ; Rép. Min. n° 29 690, préc.

(25) Loi de finances pour 1978, n° 77-1 467 du 30 décembre 1977, J. O. 31 décembre, Rev. Soc. 1978, 138, D. 1978, L, 39, Rev. trim. dr. com. 1977, 775, n°2, obs. R. Blancher.

les entreprises à consentir des prêts à leurs salariés afin que ces derniers puissent fonder des entreprises petites ou moyennes, en leur permettant de constituer, en franchise d'impôt, une provision spéciale équivalant à la moitié de ces prêts, dans la limite de 75 000 francs ; elle a surtout prévu, dans son article 17(26), que les bénéfices réalisés au cours de l'année suivant la création d'une entreprise et au cours des quatre années suivantes ne seront retenus dans le bénéfice imposable que pour les deux-tiers de leur montant. L'entreprise doit avoir été créée entre le 1er janvier 1977 et le 31 décembre 1980, ne pas dépasser un chiffre d'affaires annuel de trente millions de francs hors taxes, ni employer plus de cinquante salariés. A ces conditions elle bénéficiera de cette réfaction du tiers avant déduction du bénéfice reportable. Mais ces mesures ne sont pas applicables aux groupes de sociétés, ni aux entreprises créées dans le cadre d'une opération de concentration, de restructuration d'activités préexistantes ou pour la reprise de telles activités. En revanche, peuvent bénéficier de cet avantage fiscal les entreprises créées pour la reprise d'établissements en difficulté.

Ainsi on a étendu des avantages fiscaux prévus au bénéfice des entreprises créées *ex nihilo* au cas de constitution d'une structure juridique visant à assurer la survie d'une unité de production en difficulté. Dans d'autres domaines, il est possible de relever le même type d'extension.

230 – Un arrêté du 3 mai 1976 (27) a prévu des exonérations de la taxe professionnelle, la réduction du droit de mutation ou de la taxe de publicité foncière, ainsi que des cas d'amortissements exceptionnels, après agrément du directeur des services fiscaux du département, afin d'inciter à la création ou à l'extention d'installations industrielles, ou à la reconversion d'entreprises, dans le cadre de la politique de développement régional et d'aménagement du territoire. Ces avantages, accordés à des conditions nombreuses et précises – en particulier de localisation territoriale – peuvent être octroyés à une entreprise en difficulté, dès lors qu'il est procédé à sa reconversion et que de nouvelles productions sont substituées à celles qui correspondaient à un secteur d'activité en déclin.

Deux textes récents, modifiant certaines dispositions de l'arrêté du 3 mai 1976, ont opéré une extension importante de ces avantages aux entreprises en difficulté. L'arrêté du 3 janvier 1979 (28) ouvre ces exonéra-

(26) art. 44 bis C. G. I.

(27) Arrêté du 3 mai 1976 relatif aux conditions d'octroi, sur agrément, des allègements fiscaux prévus en faveur du développement régional et de l'amélioration des structures des entreprises, J. O. 25 mai 1976, J. C. P. 1976, III, 44 346.

(28) Arrêté du 3 janvier 1979, J. O. 20 janvier, J. C. P. 1979, III, 48 094.

tions aux cas de « reprise de la totalité des moyens de production d'établissements industriels en difficulté, sous réserve du caractère inéluctable de la fermeture, lorsque celle-ci est attestée par la mise en oeuvre d'une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens et que l'acquisition de ces moyens est susceptible de permettre une poursuite durable de l'activité » (29). Cet arrêté accorde ces avantages aux cas de regroupements et surtout de « rachat total des actifs d'établissements industriels en difficulté susceptible de permettre la poursuite des activités et le maintien de l'emploi » (30).

L'arrêté du 15 juin 1979 (31) modifie à son tour celui du 3 mai 1976, et en particulier il prévoit que le constat de l'état de difficulté de l'entreprise n'est plus nécessairement établi par l'ouverture d'une procédure de concours. L'article 2-1° nouveau de l'arrêté du 3 mai 1976 est ainsi rédigé : « ... en cas de reprise, l'exonération ne peut être accordée qu'à la condition que la situation de l'établissement repris ait justifié soit la participation du Comité départemental de financement des entreprises (C.O.D.E.F.I.) (32) ou du Comité interministériel pour l'aménagement des structures industrielles (C.I.A.S.I.) à l'élaboration d'un plan de reprise comportant une aide publique, soit la saisine du tribunal de commerce ».

231 – Cette évolution du domaine d'application des aides fiscales est significative de l'importance récente accordée à la question du renfouement des entreprises en difficulté. Les pouvoirs publics ont pris conscience de la nécessité d'une intervention préventive et non plus seulement curative, reconnaissant par là les inconvénients de l'octroi de ces facilités après l'ouverture d'une procédure collective et l'efficacité d'une décision prise avant l'état de cessation des paiements. En l'absence d'autres structures judiciaires ou de critères précis de la situation difficile, la saisine des C.O.D.E.F.I. ou du C.I.A.S.I. est jugée suffisante, dès lors qu'un plan global de renfouement a été établi. C'est une confirmation intéressante des pouvoirs importants de ces organismes et la reconnaissance de leur rôle préventif en plus de leur fonction curative.

Une évolution identique se produit aussi pour l'octroi des aides régionales. La position antérieure consistait à attendre le dépôt du bilan, l'apurement des comptes et une rupture juridique et patrimoniale de nature à

(29) Art. 2 de l'arrêté du 3 janvier 1979 modifiant l'art. 2-1° de l'arrêté du 3 mai 1976 : on ne peut que regretter cette assimilation du règlement judiciaire à un indice certain de la fermeture de l'entreprise.

(30) art. 3 de l'arrêté du 3 janvier 1979, modifiant l'art. 7-1° de l'arrêté du 3 mai 1976.

(31) Arrêté du 15 juin 1979, J. O. 22 juin, D. 1979, L, 225.

(32) cf. supra n° 100.

éviter certains abus. Le Ministre de l'économie (33) considère aujourd'hui, notamment dans le but d'éviter un licenciement collectif, que des aides régionales peuvent être consenties pour la reprise d'affaires en difficulté dès lors qu'elles sont placées en suspension provisoire des poursuites et même, dans certains cas sans qu'aucune procédure judiciaire ne soit encore engagée (34) ; la demande d'aide est alors examinée par la direction du Trésor qui doit veiller à ce que l'aide publique ne favorise pas indûment les anciens actionnaires et facilite réellement le renflouement dans le cadre d'une société nouvelle.

232 – Progressivement et avec l'objectif de favoriser le redressement des entreprises en difficulté grâce au changement des dirigeants et des associés, certaines aides à la création d'entreprises nouvelles s'appliquent avant le constat de l'état de cessation des paiements. Il convient cependant de faire deux remarques : d'une part, on peut estimer que la plupart de ces mesures s'appliqueront à des hypothèses de rachats de l'intégralité des actifs, sans que soit exclue la possibilité de reprise partielle, et de ce point de vue l'opération se rapproche des cas d'absorptions pures et simples ; d'autre part, ces avantages sont consentis par l'administration sans que des critères précis ou des contrôles sérieux soient établis (35) et les risques d'une connaissance incomplète de toutes les causes des difficultés et de l'importance réelle du passif sont importants et peuvent obérer sérieusement les chances de réussite de l'opération.

233 – L'ensemble de ces transformations structurelles de l'entreprise en difficulté, lorsqu'elles n'interviennent pas dans le cadre d'une procédure de concours ni non plus pour réaliser une opération de concentration économique, peuvent permettre la concrétisation juridique du redressement économique et financier de l'entreprise. Si leur fonction préventive reste principale, la recherche des moyens d'un renflouement durable est sans cesse présente et nécessaire.

Elles n'ont d'efficacité réelle qu'à la condition d'être réalisées à partir d'une connaissance très précise des causes et de l'importance des difficultés, et en faisant le choix de la formule exactement adaptée aux circonstances. Lorsque l'entreprise se trouve dans une situation de quasi-

(33) Rép. Min. n° 9 234, J. O. Déb. Ass. Nat., 1 sept. 1979, p. 7 021.

(34) Rép. Min. n° 36 141, J. O. Déb. Ass. Nat. 17 novembre 1980, p. 4 853 : toute entreprise remplissant les conditions du Décret du 13 mai 1980, précité, peut bénéficier d'une prime régionale à la création d'entreprise, si elle crée au moins 6 emplois, et y compris dans les zones bénéficiaires de l'aide spéciale rurale.

(35) cf. *supra* n° 102.

cessation des paiements, ces mesures seront généralement insuffisantes pour en éviter le constat, à moins d'accepter une cession totale des actifs ; elles auront plus de chances d'être efficaces si elles interviennent au cours de la phase antérieure, grâce aux apports de capitaux nouveaux et aux changements intervenus dans les organes de direction.

234 – Les différentes techniques structurelles étudiées permettent d'apporter une solution provisoire aux difficultés nées de la mauvaise gestion des dirigeants, grâce à un transfert de l'exploitation du fonds de commerce dans le cadre d'un contrat de location-gérance, ou aux conflits existant entre eux, par le recours à l'administration provisoire. Elles traduisent aussi une véritable rénovation économique et financière lorsqu'elles introduisent, par des modifications de la forme juridique, des solutions de plus longue durée.

Mais dans les deux séries d'hypothèses on prévient l'aggravation des difficultés en constatant la gravité et en élaborant un plan global de renfloement. Cette nécessité de ne pas se limiter à la seule prévention apparaît même dans l'application de mesures provisoires et on peut estimer que l'extension du domaine de l'administration provisoire constitue un bon moyen de vaincre l'inertie dangereuse des dirigeants, en plaçant l'entreprise sous main de justice, sans pour autant lui appliquer les procédures de concours. Toute modification en ce sens des pouvoirs du Président du Tribunal de commerce, et plus généralement du juge des référés, plus qu'une extension du champ d'application des procédures de concours, permettra d'assurer la réalisation de cette double fonction, préventive et curative, des techniques de renfloement des entreprises en difficulté. De même les récentes incitations à la création d'entreprises pour reprendre des unités de production encore rentables tentent de réaliser cette double fonction.

CONCLUSION DU TITRE I

235 – Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté ayant une fonction principalement préventive sont fréquemment utilisées par les praticiens. Le plus souvent, elles n'ont pas été instituées pour traiter le cas des entreprises défaillantes et cette situation de crise financière grave du débiteur conduit à un infléchissement de certaines conditions, une modification de quelques règles, ou encore une extension prétorienne de leur domaine.

A la diversité des situations de fait correspond une gamme variée de techniques, dont l'utilisation est souvent successive. Les différentes phases du processus de dégradation de la situation économique, commerciale, sociale et financière justifient l'utilisation de moyens de redressement diversifiés. La recherche des mesures propres à permettre le renflouement de l'entreprise incite à légitimer certaines solutions pragmatiques, voire quelques interprétations assez extensives des textes en vigueur. Elle provoque en permanence des évolutions importantes dans le domaine législatif (36), administratif et jurisprudentiel. A cet égard, il est significatif de relever les nombreuses dispositions fiscales et les aides financières publiques qui, au cours de la période la plus récente, ont été instituées ou étendues en faveur de « reprises » d'entreprises en difficulté lorsque les dispositions originaires avaient un domaine d'application différent. L'intérêt général justifie ces tentatives de préservation d'unités économiques rentables, tout comme il impose de n'octroyer de tels avantages qu'en contrepartie d'un véritable plan de redressement.

Cette adaptation des techniques de renflouement principalement préventives aux différents cas particuliers et aux conditions actuelles de la société française, prend en considération la nécessité de leur fonction curative dans la recherche des moyens aptes à prévenir l'accumulation dangereuse des difficultés. Le constat de l'absence ou de la faiblesse de l'une ou de l'autre de ces deux fonctions explique l'échec de ces essais de renflouement. Leur efficacité tient à la qualité des informations recueillies sur l'entreprise et à l'efficacité des solutions choisies.

La qualité et l'étendue des informations dont les dirigeants de l'entreprise doivent disposer est évidemment primordiale. Les recherches

(36) cf. les projets de loi récents, préc.

contemporaines dans ce domaine sont utiles (37) et la diversification des données prises en considération est un facteur non négligeable d'une approche réelle de la situation. La diffusion de plus en plus large de techniques telles que celles des indices, et des ratios financiers (38), s'ajoutant à d'autres méthodes plus intuitives, apporte des éléments de réflexion particulièrement précieux.

Mais, en admettant que le chef d'entreprise soit correctement informé de l'état réel de l'entreprise, les techniques principalement préventives reposent sur sa seule initiative. A l'exception de l'administration provisoire, l'accumulation d'indices préoccupants n'est pas une cause d'ouverture d'une quelconque procédure judiciaire, si ce n'est lors du constat d'une situation financière pratiquement sans issue. On remarque le plus souvent que seule la contrainte de nécessités impérieuses est à même de convaincre les dirigeants de ne plus atermoyer. L'inconscience et l'obstination deviennent alors la cause de bien des déboires pour l'entreprise, ses créanciers et ses salariés.

Il convient de se demander s'il ne serait pas opportun de mettre en place diverses techniques permettant d'inciter plus sérieusement les dirigeants des entreprises en difficulté à utiliser des moyens véritablement curatifs parce qu'appliqués avec la précocité nécessaire ?

236 – L'échec ou l'absence d'utilisation de ces techniques principalement préventives n'enlève pas pour autant tout espoir de renflouement et diverses formules sont à la disposition des entreprises pour tenter d'opérer le redressement : il s'agit des techniques principalement curatives.

(37) cf. supra n°50 et s.

(38) cf. en particulier le document adopté par le Conseil National des commissaires aux comptes, préc., supra n°55.

TITRE II

Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté principalement curatives

237 – L'accumulation et la gravité des difficultés que connaît l'entreprise rendent souvent le recours aux différentes techniques ayant une fonction principalement préventive inutile ou inefficace. Le renflouement de la totalité de l'entreprise ou de certaines de ses composantes n'est pas pour autant exclu, mais il s'avère plus difficile à réaliser et il peut être obtenu par divers moyens.

Dès lors que l'on constate un état de cessation des paiements l'ouverture d'une procédure judiciaire de concours est nécessaire. Pendant longtemps, ces procédures avaient pour but principal le paiement des créanciers et la sanction des dirigeants fautifs. Les réformes intervenues en 1967 ont fait prévaloir une conception économique, l'objectif recherché étant celui d'assurer la continuité et la permanence des entreprises qui sont encore viables, grâce à la distinction faite entre le sort des hommes et celui de l'entreprise et à la recherche de la revalorisation du concordat, tout en maintenant une technique de liquidation des unités économiques que l'on n'est plus en mesure de pouvoir renflouer.

Le pivot des procédures collectives modernes est ainsi la compétitivité et la rentabilité et seules méritent de survivre les entreprises qui conservent un avenir économique sérieux (1).

Le renflouement des entreprises, devenu un objectif majeur, a trouvé l'une de ses plus nettes applications dans la procédure de suspension pro-

(1) F. Derrida, La sécurité de l'emploi et le droit des procédures collectives, Dr.Soc.1 978, n° spécial : Le droit social et l'entreprise en difficulté ou en liquidation, p.62 et s., n°57.

visoire des poursuites (2), dont on a pu dire qu'elle est une mesure autoritaire d'exception où prévaut la raison d'Etat (3).

Le caractère pratiquement irréversible des difficultés des entreprises soumises aux procédures collectives permet de comprendre leur échec en pratique (4), ne laissant d'autre alternative qu'une opération de fusion, si elle est encore possible. La procédure de suspension provisoire des poursuites, excluant en principe l'état de cessation des paiements, a parfois trouvé un « remède-miracle » dans l'absorption ; de même pour les procédures de droit commun, la cession de l'entreprise à une société d'exploitation ou à une société préexistante, après un contrat de location-gérance, est fréquente.

Le rôle curatif de la plupart des dispositions des procédures de concours est entravé par l'insuffisance de leur fonction préventive ; ce n'est qu'en ne dissociant pas ces deux fonctions qu'elles pourraient ne pas se limiter à constater l'insuffisance d'actif.

238 – La doctrine dans son ensemble appelle de ses vœux une réforme, souhaitant qu'une procédure de renfouement efficace soit à bref délai instituée (5) ou que la suspension provisoire des poursuites et le règlement judiciaire soient fondus en une seule procédure (6) ; le Gouvernement, pour sa part, a adopté et déposé au Parlement en avril 1979 une série de projets de loi tendant à réformer le statut des syndics, à prévenir les difficultés des entreprises, et à améliorer l'efficacité des procédures de concours actuelles, sans opérer une refonte véritable du droit positif.

239 – A la veille, sans doute, de ces réformes, une analyse du droit positif est utile et permet de constater que ces techniques principalement curatives sont difficiles à mettre en œuvre dans le cas des opérations de concen-

(2) R. Ithurbide, Histoire critique de la faillite, L.G.D.J. 1973, p.365.

(3) M. Ferrari, XVII^e Congrès des syndics et administrateurs, Orléans 28-30 septembre 1978, Gaz.-Pal. 1978, II, D, 608 ; Rép.Min.n°9 109, J.O. Déb.Ass.Nat., 7 février 1970, 319 ; et obs. R. Houin (Rev.trim.dr.com.1969, 1087) : l'élaboration de l'Ordonnance de 1967 a procédé essentiellement de préoccupations d'ordre économique qui ont inspiré les mesures prises.

(4) cf. supra n°3, et infra, Annexes.

(5) J. Stoufflet, note sous Nancy 15 décembre 1977, J.C.P. 1978, II, 18 912.

(6) P. Guetta, Mémoire, préc. ; J. Foyer, Suspension des poursuites, règlement judiciaire : unité ou dualité des procédures, Colloque de Lille, préc., p.145 ; Y. Chaput, L'inégalité des débiteurs face aux procédures collectives, Etudes de Lagrange, L.G.D.J., 1978, p.115, spéc., p.124. J.Foyer, De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises, Etudes P. Azard, Cujas, 1980, p. 55.

tration, ou bien, pour les procédures de concours, inopérantes en raison de l'insuffisance de leur rôle préventif. Il apparaît aussi que certaines dispositions particulières de ces procédures, conçues en 1967 comme assez exceptionnelles, telles que la location-gérance pendant la continuation de l'exploitation ou le traité à forfait en cas de liquidation des biens, sont fréquemment utilisées en tant que véritables techniques de redressement.

Cette étude des techniques principalement curatives confirme la dualité de fonctions qui est sans cesse présente et nécessaire.

Nous envisagerons successivement :

- la suspension provisoire des poursuites (Chapitre I),
- les procédures collectives de droit commun (Chapitre II),
- les techniques de concentration (Chapitre III).

CHAPITRE I

LA SUSPENSION PROVISOIRE DES POURSUITES

240 – L'Ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 (7), préparée par le Ministère des Finances (8) tend à favoriser le redressement économi-

(7) A.M. Baudron, La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967, Préface C. Gavalda, thèse, Dijon, L.G.D.J., 1972 ; B. Hostiou, La suspension provisoire des poursuites. Recherches sur l'application de l'ordonnance du 23 septembre 1967, thèse, dactyl., Rennes, 1974 ; B. Hostiou, La situation financière difficile et la détermination du passif des entreprises en état de suspension provisoire des poursuites, Mémoire expertise-comptable, dactyl., 1977 ; Ripert et R. Roblot, Traité élém. dr. com., préc., T.11, n° 3332 ; J. Hémard, Rép. dr. com., Vis Suspension provisoire des poursuites, 1974 ; R. Houin, Rép.Stés, Vis Faillite, règlement judiciaire, liquidation des biens, 1971 ; A. Honorat, Juris-Cl.Com. anciens art. 437 à 614, Fasc.A, 1973 ; De Juglart et B. Ippolito, Traité de droit commercial, 3e vol., 1977 ; R. Rodière et B. Oppetit, Droit commercial, Précis Dalloz, 8^eéd., 1978, n°395 ; P. Blondel, Le Plan, Faillites, ouvr.-coll. sous la dir.de R.Rodière, Dalloz, 1970,p.367 ; P. Guetta, Règlement judiciaire et suspension provisoire des poursuites, Mémoire D.E.A. dactyl., Nice, 1976 ; J.P. Haehl, Vers l'élaboration d'un droit économique des entreprises en difficulté : bilan et perspectives de l'ordonnance du 23 septembre 1967 (à propos de l'application de l'ordonnance du 23 septembre 1967 à la Société Manufrance), Rev. Jurisp.Com.1979, p.1 et s.

(8) R.Rodière et B. Oppetit, op.cit., n°395 ; R. Houin, débats lors du Colloque de mai 1976, préc., p.446 ; P. Blondel, art. préc., p.371, note 10 ; A.M. Baudron, thèse, préc. p.44 et s.

que et financier de certaines entreprises en difficulté ; elle constitue une procédure très originale et spéciale.

Elle ne peut être assimilée aux différentes formes de concordats préventifs, tels que ceux qui sont en vigueur dans certains pays étrangers (9) ou introduits à l'occasion de crises particulières en France (10), ni non plus aux procédures concordataires. Dans la suspension provisoire des poursuites les créanciers ne sont pas appelés à voter les propositions du débiteur et lorsque le plan de redressement économique et d'apurement du passif est admis par le tribunal, il leur est imposé, même s'ils bénéficient de privilèges ou de sûretés. Les dix tribunaux auxquels l'application de cette procédure a été réservée (11) sont juges de l'opportunité et du sérieux du plan et les créanciers peuvent seulement offrir des remises ou des délais supplémentaires.

Cette procédure a un domaine d'application limité aux seules entreprises dont la disparition « serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale » (12), à la différence des procédures collectives de droit commun qui n'opèrent aucune discrimination entre les débiteurs qui en sont justiciables selon leur dimension économique ou le nombre de leurs salariés.

241 - La protection d'intérêts généraux, d'ordre économique et social, constitue la justification de ce régime dérogatoire au droit commun en bien des points, et elle devrait avoir pour conséquence un respect strict des conditions imposées par l'Ordonnance. L'étude des cas d'application de ce texte montre que dans l'ensemble une interprétation extensive a prévalu, dénaturant quelque peu l'esprit de ce texte et augmentant les facteurs d'échec de ces tentatives de renflouement (13).

(9) cf. *infra* : Annexes, Eléments de droit comparé.

(10) cf. F. Derrida, Concordat préventif et droit français, *Mélanges offerts à J. Hamel*, 1961, p.489 et s. ; F. Derrida, La réforme du règlement judiciaire et de la faillite. Etude de la loi du 13 juillet 1967, *Rép. Defrénois*, 1969, p. 15, note 17 ; J. Percerou et M. Desserteaux, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2^{ed.}, 1936-1938, T.I.p.57 et T. III, n°1 778 et s.

(11) Décret 67-1 254 du 31 décembre 1967.

(12) Exposé des motifs de l'Ordonnance.

(13) cf. *infra*, Annexes, Statistiques.

242 – D'un point de vue théorique, la suspension provisoire des poursuites est une procédure collective destinée à produire ses effets avant que ne soit constaté l'état de cessation des paiements, et l'ensemble de ses dispositions tend à la réalisation d'un rôle à la fois curatif et préventif. Ces deux fonctions sont même considérées comme indissociables et ne peuvent permettre le renfouement de l'entreprise que si le processus de dégradation de l'exploitation se trouve arrêté à temps. Les auteurs de ce texte ont eu conscience de la nécessité d'une intervention judiciaire précoce et tenté, au moins en théorie, de fixer des conditions précises correspondant à cet objectif.

243 - La recherche du renfouement des entreprises en difficulté, ou plutôt de certaines d'entre elles, se réalise, après une analyse précise de la situation, par des mesures de redressement globales, prenant en compte tous ses aspects économiques, sociaux et financiers. Cette nouvelle conception - économique - a surpris bon nombre d'observateurs et marque effectivement une évasion délibérée des structures apparemment libérales qui étaient naguère les nôtres (14). Elle préfigure sans doute le droit futur en la matière, et, après quelques années d'application, cette procédure a révélé l'utilité de certaines de ses dispositions, au point que l'on se propose de les lui emprunter pour les adjoindre à quelques éléments du règlement judiciaire actuel en vue d'instituer une procédure unifiée (15). En ce sens, la suspension provisoire des poursuites constitue bien un « banc d'essai » (16) d'un mécanisme de renfouement des entreprises en difficulté, et, en dépit de ses nombreuses imperfections techniques, une sorte de modèle, au sens économique du terme (17). Le projet de loi récemment déposé, se limite à proposer quelques améliorations techniques, et ne remet pas en cause les dispositions actuelles qui permettent à cette procédure spéciale de cumuler les deux fonctions préventive et curative.

(14) R. Rodière et B. Oppetit, op. cit., n°395 ; *adde* les observations de M.A. Jauffret (Communication à la journée d'études en hommage au Pr.H.Cabrillac, Les ordonnances de septembre 1967 et le droit commercial, Montpellier, 20 janvier 1968) : qui relève « le mépris de toute considération morale, le mépris des créanciers, le mépris des petits tribunaux... Est-ce que la faillite est la chose du créancier ? Est-ce une institution économique ? On peut en discuter et tout l'art du législateur est de faire la balance entre ces intérêts. Mais ici la balance est faussée. Il y a un plateau qui est par terre, celui des créanciers ».

(15) P. Guetta, *Mémoire préc.* ; M. le président J.Foyer s'est prononcé en faveur d'une procédure unifiée lors du Colloque de Lille, *préc.*

(16) F.Derrida, *Rép.Com.Vis Faillite... (modes de clôture), Concordat*, n°8.

(17) note C. Gavalda, sous Ass. Plén. 13 février 1976, J.C.P.1977, II, 18 518.

SECTION 1 - LA FONCTION PREVENTIVE DE LA SUSPENSION PROVISOIRE DES POURSUITES :

244 – L'article 1 de l'Ordonnance réserve l'application de cette procédure aux entreprises qui remplissent trois conditions. En premier lieu, le débiteur doit se trouver dans une situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise, c'est-à-dire dans une phase qui précède l'état de cessation des paiements. Cette notion a déjà été étudiée (18) et l'on a pu relever que cette condition fondamentale ne se trouve guère respectée par les tribunaux dans leur ensemble. Il s'agit pourtant là d'une exigence essentielle, qui constitue la clef de voûte de l'institution : il ne saurait y avoir un essai de redressement sérieux si la situation de l'entreprise est à ce point dégradée qu'elle ne peut raisonnablement envisager son renfouement en obtenant un délai de trois ans pour apurer son passif. Le rôle préventif de cette procédure ne peut être atteint si l'entreprise se trouve déjà dans la phase ultime de ses difficultés, et, à l'évidence, sa fonction curative disparaît de ce fait même. L'irrespect quasigénéral de cette première condition permet à lui seul d'expliquer le nombre important de ces procédures qui sont converties en règlement judiciaire ou en liquidation des biens (19).

La notion de situation difficile non irrémédiablement compromise reste délicate à préciser, et il est exact qu'il est difficile d'imaginer que les dirigeants d'une entreprise en proie à des difficultés relativement peu importantes aient recours à cette procédure. Ils ne le font qu'à la veille du dépôt inévitable du bilan. Il conviendrait sans doute de développer les techniques permettant un diagnostic plus précis et exact de la situation de l'entreprise et surtout d'instituer divers moyens permettant une saisine plus précoce des tribunaux.

Le strict respect par les juges consulaires de cette première condition devrait cependant être la règle, alors que l'on constate que cette procédure est souvent considérée comme l'ultime moyen dilatoire permettant de retarder l'apparition des signes évidents de l'état de cessation des paiements. Ce n'est que lorsqu'ils constatent l'impossibilité d'établir un plan, ou de l'exécuter, que les tribunaux consentent à convertir la procédure en règlement judiciaire ou en liquidation des biens (20).

(18) cf. supra n°43 et s.

(19) cf. les données statistiques citées supra n°13 et reproduites infra, Annexes.

(20) En sens contraire, le Tribunal de commerce de Paris a converti la procédure en règlement judiciaire six jours après le prononcé de la suspension provisoire des poursuites dans le cas de l'affaire *Boussac* (citée supra n°45).

245 – La deuxième condition de l'article 1 de l'Ordonnance tient au constat nécessaire de la dimension régionale ou nationale de l'entreprise, et elle permet de mieux comprendre pourquoi les tribunaux hésitent à refuser l'octroi de cette procédure. Ils peuvent, en effet, être tentés de « sauver cette entreprise principalement en raison des retombées économiques et sociales que sa disparition pure et simple ne manquerait pas de susciter » (21). L'importance même de l'entreprise constitue un facteur supplémentaire de l'acceptation de la requête, en dépit de la gravité extrême de sa situation financière, et avec l'espoir – ou même la promesse – d'une intervention financière des pouvoirs publics (22).

246 – Enfin, la troisième condition, dont le tribunal doit vérifier l'existence, est la compatibilité entre cette procédure et l'intérêt des créanciers. Elle a été quelque peu passée sous silence et parfois citée pour la forme par quelques décisions. Selon certains auteurs, elle ne constitue qu'une recommandation platonique (23), voire une « plaisanterie douteuse » (24). En réalité, il semble bien que les auteurs de l'Ordonnance aient entendu rappeler que cette procédure n'est ouverte qu'aux seules entreprises qui peuvent encore proposer d'apurer la totalité de leur passif (25) – déduction faite des remises éventuelles consenties par les créanciers – dans un délai maximum de trois ans. On a un peu trop rapidement interprété cette condition à la lumière du droit commun des procédures de concours et considéré qu'à partir du moment où les créanciers ne sont pas appelés à voter le plan leur rôle est négligeable et leurs intérêts totalement sacrifiés.

Au contraire, la conformité à leur intérêt constitue une condition essentielle et complète le constat d'une situation financière seulement difficile. Le rôle préventif de cette procédure reste lié à sa fonction curative et l'ou-

(21) Trib. Com. Lyon 31 mai 1977, *aff. Manufrance*, préc. ; Trib. Com. Paris 20 juin 1980, *aff. Société Franco-Belge*, préc. supra n°45. : « la disparition de cette entreprise (employant 2 300 personnes) serait de nature à entraîner de graves conséquences économiques et sociales... », « elle est un des principaux fournisseurs de matériel roulant pour la SNCF et la RATP et elle a d'importances commandes à l'exportation ».

(22) cf. *aff. Manufrance*, préc. et infra n°254 ; *aff. Société Franco-Belge*, préc. : « Attendu que les pouvoirs publics ont été informés de cette situation et qu'ils ont au cours de réunions à ce sujet fait des propositions financières précises ».

(23) J. Béguin, *Les procédures spéciales aux affaires*, Lib. Techn. n°66, p. 142.

(24) B. Geisenberger, *Rapport à la Conférence générale des présidents et membres des tribunaux de commerce de France*, 11 juin 1971, compte-rendu du Congrès, éd. A. Rey, Lyon, et *Gaz. - Pal.* 1972, 2, *Doctr.*, 455.

(25) art. 27 Ord.

verture d'une suspension provisoire des poursuites n'est possible que si l'entreprise peut opérer son redressement économique et financier dans un court délai. L'intérêt des créanciers visé par cet article 1 correspond à la nécessité de pouvoir raisonnablement projeter dans l'avenir immédiat les chances d'un renfouement sérieux, c'est-à-dire qu'un plan puisse être déposé qui garantisse leurs droits. Il ne s'agit pas là d'une disposition superflue ou inutile (26).

247 – La nécessité du redressement économique est constamment rappelée par les articles de l'Ordonnance (27) avec celle de l'apurement du passif ; l'une des caractéristiques les plus intéressantes de cette procédure réside dans cet essai d'apporter un remède aux difficultés de l'entreprise en portant l'attention sur la gestion et la production tout autant que sur l'analyse strictement financière. Le souci permanent de la plus grande efficacité économique justifie, dès ce stade de la procédure, la constante célérité de l'instance (28), la suppression de la majeure partie des voies de recours habituelles (29), et la levée partielle du secret professionnel (30) : lors du déroulement de la procédure, le rôle prépondérant assigné au président du tribunal (31), l'étendue des pouvoirs du curateur (32) et de nombreuses autres dispositions, correspondent au même objectif.

248 – Les conditions d'admission à la suspension provisoire des poursuites attestent ainsi de sa fonction préventive, puisque la poursuite de la

(26) Plusieurs décisions ont cependant analysé cette condition avec précision : Trib.Com.Paris 13 novembre 1968, J.C.P. 1969, II, 15 800, note J.A., Rev.trim.dr.com.1968, I 125, obs.R.Houin ; aff. *Sainrapt et Brice*, préc.supra n°45 ; d'autres sont plus évasives : par ex. aff. *Société Franco-Belge* (préc. supra n°45 et 245) : « il n'apparaît pas exclu que ces conversations (avec les pouvoirs publics et les professionnels du matériel ferroviaire) permettent de mettre en place un plan de redressement »...

(27) cf.art.4,5 et 6 Ord.

(28) art.5, 6 et 8 Ord.

(29) J. Vincent, Diverses particularités et règles de procédure, Le droit de la Faillite, Séminaire du Barreau de Lyon, Goutelas-en-Forez, Les Petites Affiches Lyonnaises, 24 décembre 1968 ; Rapport au Président de la République précédant l'Ordonnance : lorsque les voies de recours sont maintenues, les délais sont le plus souvent plus courts qu'en droit commun, cf. par exemple art. 41 al.1 de l'Ordonnance, et la note N.Fricero-Goujon et S.Van Den Corput-Bernadini, sous Paris 7 mars 1977, Rev.Jurisp.Com.1979, 389.

(30) art. 9 Ord.

(31) art. 5, 6, 7 et 12 Ord.

(32) art. 14 Ord.

procédure et la préparation du plan ne devraient être autorisées que dans les hypothèses dans lesquelles le renfouement est encore possible dans de bonnes conditions, et après qu'il a été procédé à une analyse détaillée des aspects économiques et financiers de l'entreprise. Cette évaluation des chances de survie se poursuit lorsque le tribunal a prononcé la suspension des poursuites et que le rôle curatif de la procédure devient prédominant.

SECTION 2 - LA FONCTION CURATIVE DE LA SUSPENSION PROVISOIRE DES POURSUITES

249 – L'élaboration d'un plan de redressement économique et d'apurement du passif, son admission par le tribunal s'il est conforme à la prescription de sérieux exigée par l'article 28 de l'Ordonnance, correspondent à la fonction curative de cette procédure ; ces conditions ne peuvent être réunies que si l'entreprise se soumet en temps voulu à la procédure. La réalisation du renfouement n'est cependant pas toujours assurée, ainsi que le montrent les statistiques (33) et un essai d'amélioration a été tenté en particulier par les dernières propositions de réforme de l'Ordonnance.

1. LE PLAN :

250 – Dans un délai de quelques semaines seulement (34), le ou les curateurs, avec ou sans l'aide du débiteur, doivent établir un plan de rénovation économique (35) comportant des modifications importantes dans les modes de gestion, le renouvellement des dirigeants (36), des licenciements, ou encore la cession de certaines unités de production dont la rentabilité n'est plus suffisante ou d'immobilisations non directement indispensables à la poursuite de l'activité.

(33) cf. Annexes.

(34) art. 11 et 23 Ord.

(35) A. Honorat, Les effets à l'égard du débiteur et des créanciers privilégiés et chirographaires de la suspension provisoire des poursuites au cours de ses deux phases, Rapport présenté par le Tribunal de commerce de Nice à la Conférence régionale de Nîmes du 4 juin 1977, *Rev.Jurisp.Com.* 1978, I et s., spéc., n°24 ; cf., à titre d'exemple, les extraits du plan des curateurs de la société *Manufrance*, reproduits dans nos obs.préc., n°24.

(36) le tribunal peut d'ailleurs prescrire ce remplacement : art. 32 Ord.

L'importance de l'entreprise soumise à cette procédure rend l'opération délicate et elle ne pourra se réaliser qu'avec l'accord au moins tacite des salariés et des principaux créanciers, ou bien dans le cadre d'une opération de concentration. Le plan de redressement économique est encore plus difficile à établir lorsqu'un groupe de sociétés bénéficie de cette procédure (37). Le simple constat d'un état extrêmement proche de la cessation des paiements peut faire douter de la viabilité économique d'une entreprise importante, à moins qu'elle n'ait été victime de circonstances particulières et exceptionnelles (38).

251 – Ce plan économique emporte des conséquences financières importantes, le projet de redressement supposant généralement des apports de capitaux nouveaux sous la forme d'une augmentation de capital, ou de prêts à long terme des établissements de crédit ou des organismes étatiques. En plus de l'apurement du passif existant au moment de la suspension provisoire des poursuites, le plan financier doit tenir compte des besoins financiers qui seront ceux issus de l'activité de l'entreprise et des mesures de redressement. Il faut prévoir exactement le montant des nouveaux investissements, des emprunts, des indemnités de licenciement, des besoins en fonds de roulement et des dettes contractées entre l'ouverture de la procédure et le jugement d'admission du plan. Une liste des ressources permettant d'assurer le financement de ces charges, ainsi que celui de l'apurement du passif antérieur est dressée en tenant compte de la capacité d'auto-financement de l'entreprise (39), du montant estimé des cessions d'immobilisations ou de liquidation partielle de l'entreprise et des apports en capitaux propres ou permanents.

Le projet de remboursement du passif antérieur n'est qu'un élément du schéma global de redressement et il est enfermé dans des limites très strictes. L'ordonnance ne permet pas de prévoir un remboursement du passif, intérêt compris (40) s'étendant sur plus de trois annuités, à moins

(37) cf. par exemple, aff. *Boussac*, préc. supra n° 45, aff. *Terrin* infra n° 254.

(38) C'était le cas de la *Société Sainrapt et Brice*, préc. supra n° 45, dont la rupture d'exploitation a été provoquée par la perte d'importants marchés étrangers.

(39) on admet que ce n'est qu'à partir de la troisième année du plan que la capacité d'auto-financement peut se manifester : J. P. Jobard, *Tableau d'emplois et de ressources et plan de redressement*, Banque 1978, 969.

(40) Normalement le plan devrait prévoir le règlement des intérêts à chaque échéance en même temps que le principal auquel ils sont attachés ; plusieurs décisions ont admis des plans qui repoussaient le paiement des intérêts après la période de trois ans (Nancy 24 novembre 1977, Banque 1978, 654, obs. L. M. Martin, D. 1978, I. R., 314, obs. A. Honorat et

(voir suite de la note à la page suivante)

que les créanciers ne consentent des délais ou des remises volontaires et que le tribunal les ratifie (41).

252 – Ces conditions précises poursuivent le même objectif qui consiste à réserver cette procédure aux seules entreprises dont l'état économique et financier n'interdit pas, en raison de son extrême gravité, un renflouement assez rapide. Elles confirment ainsi la double fonction curative et préventive de cette procédure, une solution durable ne pouvant être trouvée par ce moyen que si le plan est considéré comme sérieux, c'est-à-dire établi à un moment où les possibilités de redressement existent encore.

253 – Le tribunal ne peut admettre le plan déposé (42) qu'à la condition de l'estimer sérieux et de constater qu'il offre des garanties suffisantes d'exécution. Le respect de cette condition est le gage de la réussite du renflouement et il nécessite de la part du tribunal un examen attentif de la situation actuelle de l'entreprise, de ses perspectives économiques à moyen terme et des éléments financiers permettant la continuation et le développement de son exploitation et l'apurement de son passif. Le rôle du tribunal est fondamental puisque les créanciers n'ont pas à se prononcer sur le plan – véritable moratoire judiciaire collectif – qui leur est imposé ; il est par nature essentiellement judiciaire et non pas contractuel et l'on doit admettre que le tribunal ou la cour d'appel puissent en modifier certains éléments pour en garantir le sérieux. (43)

254 – Les tribunaux ont, dans la période récente, fait preuve d'une grande mansuétude à propos de l'admission de certains plans (44). La plupart des

(suite de la note de la page précédente)

les réf. citées, Rev. trim. dr. com. 1979, 519, obs. R. Houin, E. Le Gall et B. Soinne, J. C. P. 1978, éd. C. I., n° 7 159, p. 209, obs. M. Cabrillac et J. Argenson ; le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté : Com. 12 novembre 1979, J. C. P. 1980, IV, 38. La Cour de Paris, le 22 juin 1978 (Banque 1978, I 154, obs. L. M. Martin, Rev. Jurisp. Com. 1978, 344, Rev. trim. dr. com. 1979, 522, préc.) a estimé que les intérêts qui continuent à courir après l'admission du plan sont exigibles à leur date normale d'échéance, ceux antérieurs étant compris dans le plan ; Me Deleau Deshayes, Les intérêts, Rev. Jurisp. Com. 1978, 329, spéc., p. 340.

(41) art. 28 Ord.

(42) art. 28 Ord.

(43) La nature juridique du plan a été étudiée dans nos obs. préc., sous Lyon 9 mai 1978. p. 60, n° 2 et s. ; la Cour de Nancy (15 juin 1978, Banque 1978, I 281, obs. L. M. Martin) a considéré que le tribunal ne peut qu'admettre ou rejeter le plan déposé.

(44) Un plan a même été admis sous condition suspensive : cf. aff. *Sté Linvosges*, préc. supra n° 30.

décisions procèdent à une analyse très détaillée de tous les éléments économiques et financiers présentés dans le plan et n'estiment sérieux que ceux qui paraissent assurés d'une réalisation effective (45) ; tel est le cas lorsque le redressement semble certain grâce à une opération d'absorption qui est presque réalisée (46), ou qu'une cession de la marque et du réseau commercial est en cours (47). Dans d'autres hypothèses on estime suffisantes de simples éventualités de concours économiques et financiers, des promesses d'aides des pouvoirs publics (48) pour juger du sérieux du plan, et ces perspectives aléatoires ne s'étant pas réalisées par la suite, la procédure fut convertie en règlement judiciaire ou en liquidation des biens.

Certaines modalités dans le paiement du passif sont en revanche tout à fait admissibles, comme l'apurement du passif en majeure partie lors de la dernière échéance du plan (49), une plus ou moins grande rapidité dans le remboursement selon que les créanciers acceptent ou non de faire re-

(45) Trib. Com. Rennes 9 février 1979 (aff. *Sté Ducassou*, préc. supra, n° 45) qui relève que le carnet de commande de l'entreprise est complet pour les douze prochains mois, et qu'il n'a pas baissé pendant la curatelle, des actifs immobilisés hors exploitation vont être réalisés, une augmentation du capital permettra un appel de fonds propres, le CIASI pourrait étudier un dossier de financement et trois créanciers ont accordé des délais ; ce plan prévoit le paiement du passif au cours des trois années selon les pourcentages suivants : 18 %, 32 % et 50 %, en réglant dès la première année l'intégralité des créances inférieures à 5 000 F.

(46) aff. *Sainrapt et Brice*, préc.

(47) Trib. Com. Limoges 19 janvier 1970, Rev. trim. dr. com. 1969, 1 089, obs. R. Houin.

(48) Le Tribunal de commerce de Lyon, en admettant le plan de la *société Manufrance* (obs. préc., p. 55) cite la promesse des pouvoirs publics faite au Tribunal « d'accompagner sous une forme appropriée une solution définitive dans la mesure où un partenaire crédible prendrait la responsabilité effective de la gestion de l'affaire » ; le Tribunal de commerce de Marseille, le 6 septembre 1977, Rev. Soc. 1978, 313, note B. Oppetit (aff. *Terrin*) constate que le « plan ne saurait être considéré comme sérieux... qu'à deux conditions : la première, la reprise de l'activité navale, qui nécessite sous des formes qui restent à déterminer l'appui des pouvoirs publics ; la seconde, l'arrivée rapide de partenaires susceptibles de consolider la situation du groupe tant sur le plan financier que sur les plans commerciaux et industriels, cette arrivée de partenaires pouvant être évidemment très facilitée par l'appui des pouvoirs publics. Le tribunal considère que la réalisation de ces conditions est vraisemblable, car ce qui paraît invraisemblable, c'est que puisse disparaître une entreprise qui est la première en France dans le domaine de la réparation navale, et qui, sur le plan régional, assure l'activité de multiples sous-traitants, l'emploi direct de 4 000 salariés et indirect plus encore » ; le 18 septembre 1980 le Tribunal de Commerce de Marseille a converti en liquidation des biens la procédure de règlement judiciaire (Le Monde 20 septembre 1980, p. 18).

(49) cf. aff. *Manufrance, Terrin, Ducassou*, préc. ; M. B. Soinnie (Suspension provisoire des poursuites, règlement judiciaire et réforme du droit de la faillite, D. 1980, Chr. 73, spéc., p. 76) affirme même que « la pratique des plans consiste à prévoir une première année de remboursement insignifiant (par ex. : 3 à 4 %) et une dernière année très chargée (97 ou 98 %).

mise d'un certain pourcentage de leurs créances (50), ou encore le dédommagement accéléré au profit des fournisseurs (51) ou des petits créanciers (52). Il peut en effet s'avérer nécessaire d'admettre de tels aménagements dans l'échéancier ne serait-ce que pour ne pas mettre en péril certaines entreprises créancières, retrouver rapidement un crédit-fournisseur, ou rétablir des relations commerciales normales.

255 – En revanche, il est contraire à l'esprit de l'Ordonnance et incompatible avec son rôle curatif de considérer que les plans qui comportent l'acceptation d'importantes remises ou reports au-delà de l'exécution du plan par les créanciers présentent la condition de sérieux exigée par l'article 28 de ce texte. Cela ne signifie pas que de tels reports soient a priori condamnables, puisque les articles 27 et 28 visent expressément cette possibilité, mais le tribunal doit analyser leur importance par rapport au passif total qui reste à apurer, et vérifier dans quelle mesure ces reports peuvent interdire de considérer le plan dans son ensemble comme suffisamment sérieux. S'il est souhaitable, au nom du réalisme économique, de ne pas se priver de cette possibilité d'un allègement provisoire du passif, il est tout aussi vain de croire qu'au bout de trois ans une importante partie du passif initial (53) pourra être réglée par une entreprise qui se sera déjà trouvée dans l'obligation de procéder à de très importants changements de structure et de gestion afin de se redresser. Ces reports, correspondant le plus souvent à des dettes à long terme contractées auprès d'organismes financiers avant l'ouverture de la procédure, sont d'ailleurs, ainsi que le reconnaissent les praticiens (54), pour le moins sollicités.

Le tribunal, en examinant le caractère sérieux du plan, doit tenir compte de leur existence, et ce faisant il ferait jouer pleinement à cette procédure judiciaire son rôle curatif.

(50) Cette possibilité contenue dans le jugement d'admission du plan de la *Société Manufrance*, sans précision de chiffre, a été confirmée le 18 octobre 1978 par le Président de la Société dans une lettre adressée aux créanciers, leur proposant l'abandon de 50 % de leurs créances moyennant le paiement du solde de l'autre moitié et avec en supplément la reconstitution d'un crédit fournisseur normal après le paiement de la dette.

(51) Plan *Manufrance* : fournisseurs : 5 %, 25 % et 70 %, autres créanciers : 5 %, 10 %, 35 %, par année du plan.

(52) cf. nos obs, préc., p. 19 note 84, et aff. *Ducassou* préc.

(53) Les reports au-delà du plan de trois ans correspondaient à 45 % du passif total dans le cas de la *Société Manufrance*, préc.

(54) L. M. Martin, Rapport général à la Conférence générale des Tribunaux de commerce, *Gaz.-Pal.* 1977, 2, 619, n° 30.

256 – Il apparaît certain que l'admission d'un plan de redressement économique assez hypothétique, et celle d'un apurement du passif qui ne s'avère possible que grâce à l'importance des remises obtenues des créanciers et au report d'une partie notable du passif au-delà des trois ans, ne peut assurer le renfouement durable de l'entreprise, à moins d'envisager à court terme une opération d'absorption, ou bien un apport de capitaux nouveaux provenant de certains associés ou des pouvoirs publics. Agir autrement reviendrait à oublier les prescriptions claires de l'Ordonnance de 1967 ainsi que l'origine de ce texte. Il a, en effet, été préparé par le Ministère des finances afin d'éviter à l'avenir les versements de fonds publics à des entreprises en difficulté qui par leur fermeture pouvaient constituer un facteur de crise grave dans le domaine économique et surtout social (55).

Le plan n'a ainsi un rôle curatif que si l'entreprise est encore viable économiquement et peut financièrement être redressée. Cette fonction n'est assurée que si de telles mesures sont prises au cours d'une phase de difficultés qui peut encore être surmontée.

257 – La procédure de suspension provisoire des poursuites n'a pas eu l'efficacité pratique que l'on attendait, non seulement en raison d'une interprétation trop extensive des conditions précises d'octroi, mais aussi du fait de certaines lacunes auxquelles le projet de réforme tente de porter remède.

II. LA REFORME DE L'ORDONNANCE DU 23 SEPTEMBRE 1967 :

258 – La doctrine et la jurisprudence ont mis en évidence un certain nombre de lacunes et d'imperfections affectant cette procédure, aussi bien au sujet de son domaine d'application, des phases précédant et suivant l'admission du plan par le tribunal, que dans le cadre de son exécution.

Les propositions de réforme se sont succédées à l'occasion de colloques et de congrès, et, en dernier lieu, le Gouvernement a adopté et déposé au Parlement un projet de loi tendant au traitement des difficultés des

(55) Tel était le cas des *Forges d'Hennebont* et des *Chantiers Navals de la Seyne*, qui ont bénéficié d'importants versements – à fonds perdus – des pouvoirs publics avant qu'il soit procédé à des opérations de conversion ou de restructuration. La loi 66-377 du 15 juin 1966 avait régularisé ces concours financiers apportés par l'Etat en vue de permettre la poursuite de l'exploitation des chantiers navals de la Seyne (citée par J. Foyer, De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises, préc., n° 4).

entreprises (56). Ce texte propose des modifications aux procédures de droit commun, à la suspension provisoire des poursuites et à certaines dispositions du code du travail.

L'amélioration de la fonction curative de ces procédures, et plus particulièrement de celle de suspension provisoire des poursuites, est au centre de ce projet de loi. Bien qu'il risque d'être sérieusement amendé par le Parlement – s'il est un jour soumis à son examen – ce projet n'en mérite pas moins d'être analysé. Il n'a pas pour objectif de refondre complètement le texte de l'Ordonnance de 1967, mais seulement de régler quelques difficultés particulières de son application, sans remettre en question son particularisme fondamental.

259 – Le domaine d'application de cette procédure n'est pas modifié : elle demeure réservée aux seules entreprises qui occupent une position déterminante dans l'économie (57) y compris dans le domaine de l'emploi (58) ; l'article 1 de l'Ordonnance ne subit qu'une modification de rédaction : on exige toujours que la situation financière soit difficile, tout en remplaçant les mots « mais non irrémédiablement compromise » par le constat de la non-cessation des paiements. La condition de fond reste la même.

260 – Pour la période qui va de l'ouverture de la procédure à l'admission du plan, plusieurs articles font l'objet d'aménagements : la suspension provisoire des poursuites peut être prolongée de deux mois, au lieu d'un seul (59) et sa durée totale pourra ainsi être de cinq mois au lieu de quatre ; le juge-commissaire nomme un ou plusieurs contrôleurs pris parmi

(56) Projet de loi n° 975, annexé au procès-verbal de la séance du 17 avril 1979, Ass. Nat. ; ce projet avait été précédé d'un autre, n° 3 214, préc. supra n° 52. Il convient de rappeler qu'en avril 1979 d'autres projets ont été déposés au Parlement : n° 928, relatif à la profession de syndic, n° 974, préc. supra n° 53, et que le projet de réforme des tribunaux de commerce, déposé au Sénat, a été retiré de l'ordre du jour en juin 1979.

(57) Exposé des motifs du projet n° 975, p. 3 ; le projet de loi n° 3 214 a été complété, lors des travaux d'un groupe de travail, connu sous le nom de « Commission Charpentier », qui ont confirmé le caractère exceptionnel de l'Ordonnance ; cités par R. Perrot, *Le traitement des entreprises en difficulté*, Rapport de synthèse au Salon de l'Avocat, 8-9 décembre 1978, *Gaz.-Pal.* 1979, I, D, 51 et s.

(58) La jurisprudence avait pris en compte ce paramètre social dès les premières applications de l'Ordonnance.

(59) art. 6 du projet ; lorsque le tribunal est saisi autrement qu'à la requête du débiteur, le président du tribunal avise celui-ci qu'il doit informer le comité d'entreprise ou les délégués du personnel, art. 3 du projet ; la levée partielle du secret professionnel est étendue au profit des commissaires aux comptes, des membres et représentants du personnel, art. 5 du projet.

les créanciers, à leur demande (60) ; et le plan est établi après consultation du comité d'entreprise ou des délégués du personnel sur un plan d'emploi exposant et justifiant les perspectives d'emploi correspondant au redressement économique et financier (61).

261 – Pendant la courte période de suspension provisoire des poursuites le passif nouveau ne peut en aucun cas être considéré comme un passif de masse, ainsi que la Cour de cassation l'a récemment admis dans un arrêt de principe (62) ; en fait, cette solution prive l'entreprise de tout crédit au moment où elle en a le plus besoin, et ce d'autant plus que la procédure est fréquemment ouverte à la veille du constat de la cessation des paiements. Le projet n° 975, reprenant sur ce point les modifications envisagées dans le projet précédent (63) et en les complétant, établit un droit de priorité au profit de cette catégorie de créances (64). Entre le jugement prononçant la suspension provisoire des poursuites et celui qui admet le plan, les créances de toute nature nées pendant cette période bénéficient d'un droit de priorité, à condition de correspondre à des opérations courantes faites par l'administrateur judiciaire ou avec son concours et nécessaires à la poursuite de l'exploitation (65). Le même droit est étendu au profit des prêts et concours financiers accordés au cours de cette période, s'ils ont été autorisés par une ordonnance motivée du juge-commissaire, pour des opérations déterminées nécessaires à la poursuite de l'exploitation ou à la sauvegarde des actifs industriels. Une disposition nouvelle a été ajoutée dans le projet n° 975 prévoyant qu'en cas de prononcé d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens postérieure, ces créances sont payées par priorité à toute autre créance née antérieurement au jugement déclaratif, à l'exception des créances salariales

(60) art. 8 du projet.

(61) art. 9 du projet.

(62) Com. 31 mars 1978, D. 1978, 402, note F. Derrida et les références citées, J. C. P. 1978, II, 18 949, note G. de Lestang, J. C. P. 1979, éd. N., n° 7 174, n° 1, obs. M. Cabrillac et J. Argenson, Jour. Not. 1978, I 308, obs. E. de la Marnierre, et 1979, 272, note J. Viatte, Rev. trim. dr. com. 1979, 516, n° 2, obs. R. Houin, E. le Gall. B. Soinne.

(63) cf. Projet de loi n° 3 214, préc.

(64) art. 10 du projet n° 975.

(65) ce droit n'est pas opposable aux salariés, ni aux créanciers titulaires de sûretés mobilières ayant un rang préférable au privilège du Trésor public ; il s'exerce pendant trois ans à compter de l'admission du plan.

superprivilégiées et des créances assorties de sûretés spéciales dans les limites prévues à l'article précédent (66).

262 – Ces nouvelles dispositions permettent d'assurer le crédit de l'entreprise pendant la brève période de suspension provisoire des poursuites (67), favorisent la poursuite de l'exploitation et l'élaboration d'un plan pour une entreprise qui a conservé son potentiel industriel et commercial. Elles préparent le renfouement indirectement et sont de nature à éviter que l'on ne considère cette procédure comme la première étape d'une liquidation des biens quasi inéluctable.

263 – Le plan, déposé au greffe du tribunal, est adressé à chaque contrôleur et au comité d'entreprise (68), peut être consulté par toute personne intéressée, et ne peut s'étendre sur une période supérieure à trois ans (69) à moins que le chef d'entreprise justifie de l'exécution du plan d'apurement du passif dans une proportion des deux tiers au moins et que le tribunal ne lui accorde une année supplémentaire (70). Le titre III de l'Ordonnance est modifié pour inclure le terme de redressement et insister ainsi sur la pluralité des plans ; trois doivent être proposés au tribunal : un plan de redressement économique, un plan d'apurement du passif et un plan d'emploi (71). La réalisation de certains biens peut être utile pour établir le plan de redressement, et lorsqu'ils sont grevés de sûretés réelles spéciales, la jurisprudence actuelle a considéré que les créanciers ne peuvent s'opposer à cette vente, ni prétendre à un paiement immédiat (72) ; cette solution conduit à « geler » le prix (73) au profit de créan-

(66) art. 11 du projet.

(67) F. Derrida. Le crédit et le droit des procédures collectives. Mélanges R. Rodière, préc., n° 8.

(68) art. 13 du projet.

(69) le projet de loi n° 3 214 avait prévu un délai de cinq ans, et un projet antérieur du Ministère de la Justice admettait la possibilité exceptionnelle d'une sixième année.

(70) art. 21 du projet.

(71) art. 13 du projet ; l'article 14 prévoit que peuvent intervenir à l'instance, en plus de créanciers représentant au moins 15 % du montant des créances (art. 25 Ord.) « les associés ou groupes d'associés représentant au moins 10 % du capital ».

(72) Com. 11 octobre 1972 (Mame) D. 1973, 110, note A. Pirovano, Rev. trim. dr. com. 1972, 1 011, obs. R. Houin, J. C. P. 1973, éd. C. I., 10 938, note P. Serlooten.

(73) J. P. Sortais, La situation des créanciers titulaires de sûretés et de privilèges dans les procédures collectives, Rev. trim. dr. com. 1976, 269 et s.

ciers privilégiés et à empêcher le débiteur de disposer de cette somme pour régler les échéances du plan. Cette solution anti-économique est repoussée par le projet de loi (74) qui prévoit un paiement immédiat des créanciers titulaires de sûretés spéciales en cas de vente des biens, ou une substitution d'une sûreté nouvelle à l'ancienne, avec l'accord du créancier ou l'autorisation du tribunal (75). La modification du plan en cours d'exécution pour en favoriser ou en abrégier l'exécution prévoit une application des mêmes dispositions pour la réalisation de biens grevés de sûretés spéciales (76).

264 – Ces solutions opportunes sont complétées par la possibilité d'une véritable expropriation à l'encontre des dirigeants considérés comme responsables des difficultés financières (77) que le tribunal peut non seulement évincer comme auparavant, mais à qui il peut enjoindre de céder leurs actions ou parts sociales, ou confier le droit de vote attaché à leurs titres à un mandataire désigné par lui, sous peine de caducité du plan.

265 – Les conditions d'admission du plan, ou plus exactement des trois plans, restent les mêmes ; le projet précise seulement que les délais consentis par les créanciers doivent l'être « expressément » (78), que le plan social doit être lui aussi sérieux, et qu'un apport de fonds propres à l'entreprise peut être considéré comme une condition préalable.

266 – Les créanciers peuvent constituer, en franchise d'impôts, une provision destinée à faire face à la dépréciation résultant du report d'exigibilité de leurs créances (79) et le code du travail est modifié – aussi bien en cas de suspension provisoire des poursuites qu'en application des procédures de droit commun – afin de raccourcir les délais de procédure de licenciement.

(74) art. 17, qui reprend le texte du projet n°3 214.

(75) Cette substitution de garanties est opposable à la masse des créanciers si le règlement judiciaire ou la liquidation des biens sont prononcés ultérieurement ; l'art. 22 du projet ouvre la voie de l'appel aux créanciers et au débiteur lorsque le tribunal accorde ou refuse cette substitution, et des garanties supplémentaires peuvent être offertes à tout moment de la procédure, même devant la cour d'appel.

(76) art. 21 du projet.

(77) art. 20 du projet.

(78) art. 16 du projet.

(79) art. 86 du projet.

ment, de faire prendre en charge par l'A. G. S. les indemnités de rupture et de faciliter les licenciements jugés utiles ou la réduction d'avantages acquis (80).

267 – Ces propositions de modification de l'Ordonnance du 23 septembre 1967 viennent résoudre quelques problèmes ponctuels tels que celui des dettes dites de curatelle, ou la cession de biens grevés de sûretés réelles spéciales ; elles instaurent un droit à l'information au profit des salariés sur le plan d'emploi, et un droit de regard au profit des créanciers désignés comme contrôleurs sur les documents comptables de l'entreprise, avec le concours du commissaire aux comptes, et sur les opérations de l'administrateur judiciaire ; enfin un membre du tribunal compétent pour prononcer le règlement judiciaire ou la liquidation des biens est invité à compléter le tribunal saisi d'une procédure de suspension provisoire des poursuites (81). Aucune disposition n'est cependant prévue pour le cas de groupes de sociétés, de plus en plus fréquemment soumis à cette procédure (82) et les tribunaux seront conduits à conserver la conception économique des groupes pour l'application de l'Ordonnance (83) ; une véritable consultation des créanciers et des salariés n'est pas organisée alors qu'elle serait utile pour établir la liste précise des créances et parvenir à une sorte de *consensus* général à propos des différents plans (84).

268 – Les dispositions du projet n° 975 sont utiles, mais certainement insuffisantes pour revaloriser la suspension provisoire des poursuites et faire en sorte qu'elle ait véritablement un rôle préventif et curatif. Elle ne le pourrait qu'en évitant le détournement de cette procédure au profit d'entreprises qui sont – en fait – en état de cessation des paiements. Il conviendrait sans doute de préciser la notion de situation financière difficile de telle manière que l'on connaisse, grâce à des critères aussi objectifs que possible, la phase de difficultés graves que l'on ne doit pas dépasser pour pouvoir prétendre à l'application de ce texte.

(80) cf. les conditions précises, art. 87 et s. du projet, et F. Derrida, La sécurité et l'emploi et le droit des procédures collectives, préc., spéc., n° 33 et s.

(81) art. 2 du projet.

(82) cf. aff. *Boussac, Isorel, Ducassou, Terrin*, préc.

(83) cf. la note de B. Oppetit, préc. à la Rev. Soc. 1978, 313 et s. sous le jugement du groupe *Terrin*.

(84) cf. Rapport L. M. Martin, préc., n° 34.

La précocité de l'intervention judiciaire (85) est l'objectif fondamental des auteurs de l'Ordonnance, et elle ne peut être assurée qu'en admettant un véritable droit d'intervention des salariés, actionnaires, commissaires aux comptes et créanciers, permettant de saisir le président du tribunal de commerce dès la manifestation de certains indices sérieux de difficultés. Il semble bien, *de lege ferenda*, que ce soit la seule solution, la fixation objective des éléments de l'état de difficulté s'avérant extrêmement difficile (86). Le projet de loi n° 974 prévoit cette information du président du tribunal par le commissaire aux comptes, mais seulement en dernier recours (87) et avec un décalage important de temps entre la première manifestation des difficultés et la dénonciation. Un tel renforcement des pouvoirs du président du tribunal, conforme à toute l'évolution récente (88) et proche des idées de magistrature économique (89), constituerait une modification sensible du droit positif ; plus encore, un droit d'intervention accordé aux diverses catégories de personnes intéressées à la bonne marche de l'entreprise bouleverserait les principes classiques, en particulier celui de l'autorité des dirigeants. L'atteinte portée au crédit de l'entreprise qui est souvent invoquée pour refuser un tel droit d'intervention n'est pas aussi importante qu'on le croit. Le président une fois saisi n'est en rien obligé de prononcer d'office une suspension provisoire des poursuites, ou un règlement judiciaire, ni non plus de procéder à la nomination d'un administrateur provisoire ; il peut à la suite de la dénonciation de certains faits graves convoquer les dirigeants, leur prodiguer des conseils ou les inciter à faire procéder à une expertise, sans publicité préjudiciable à l'entreprise. Enfin, le crédit n'est-il pas plus gravement compromis lorsque l'on attend le constat d'une situation désespérée pour intervenir ?

269 – Le rôle préventif de cette procédure pourrait ainsi être assuré, et sa fonction curative mérite d'être renforcée. Il conviendrait sans doute d'inciter plus directement les tribunaux à n'admettre que des plans reposant sur des éléments certains, et non plus sur de simples promesses éventuelles d'aides financières ou économiques. L'exigence fondamentale tient au

(85) P. Guetta, *Mémoire préc.*, n° 39.

(86) cf. *supra* n° 59 et s.

(87) cf. *supra* n° 53.

(88) J. Vincent, *Juridiction collégiale ou juge unique dans la procédure civile française*, Mélanges Falletti, Annales de la Faculté de droit de Lyon, 1971, II, 561 et s.

(89) R. Perrot, *Rapport Général, Le rôle du juge en présence des problèmes économiques*, Travaux Ass. Capitant, T. XXII, Dalloz, 1970, p. 260 et s., spéc., p. 271.

caractère sérieux du plan, qui ne doit être admis que s'il contient les éléments économiques, financiers et sociaux de nature à permettre un renflouement véritable dans un délai assez court. Une véritable « réhabilitation » du concordat aurait le double avantage de réserver la suspension provisoire des poursuites aux seules entreprises qui remplissent encore les conditions strictes imposées par l'Ordonnance du 23 septembre 1967 et d'inciter les tribunaux à préférer un règlement judiciaire à une procédure utilisée à seule fin d'éviter la liquidation des biens.

270 – En conclusion, cette procédure constitue la première tentative d'introduction d'une technique de renflouement mêlant intimement les deux fonctions préventive et curative, dans un contexte général qui révèle une insuffisante prise de conscience de la nécessité de ne pas dissocier ces deux rôles. Elle est sans doute victime, dans les faits, de la nouveauté de ses concepts et d'un environnement attaché à une conception étroite du secret des affaires.

Le souci d'efficacité économique dont elle est empreinte se heurte à certains « blocages » tenant à la répartition du pouvoir dans les entreprises, à la diffusion et au possible usage d'informations relatives à la dégradation de la situation économique et financière, qui interdisent une intervention judiciaire suffisamment précoce. Dans ces conditions, les entreprises soumises à cette procédure trouvent une solution de longue durée dans une absorption pure et simple ou grâce à l'octroi d'aides publiques, consenties pour une bonne part à fonds perdus, afin d'éviter une crise sociale et politique.

S'il n'existait pas quelques cas d'utilisation de la suspension provisoire des poursuites conformes à sa lettre et à son esprit, on pourrait peut-être lui appliquer la remarque faite naguère par les auteurs du Rapport de l'Inspection Générale des Finances (90) à propos du concordat : « de même que la mauvaise monnaie chasse la bonne, les procédures sans espoir submergent les prétoires et, faussant les mécanismes, chassent les autres ».

271 – La loi du 13 juillet 1967 portant réforme des procédures collectives de droit commun constitue, elle aussi, un chapitre du droit économique (91) en cours d'élaboration et tend à favoriser le renflouement de l'entreprise en difficulté.

(90) Aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire (étude des mécanismes), Rapport de l'Inspection Générale des Finances, Bibl. de dr. com., T.20, Sirey, 1970, n° 152.

(91) C. Labrusse, L'évolution du droit français de la faillite depuis le Code de Commerce, Faillites, ouvr. coll. sous la dir. de R. Rodière, Dalloz, 1970, p. 5 et s., spéc., p. 53.

CHAPITRE II

LES PROCEDURES COLLECTIVES DE DROIT COMMUN

272 – La conception répressive des procédures collectives (1) a laissé place, de 1807 à nos jours, à une conception économique, qui a trouvé son expression la plus nette à l'occasion de la réforme réalisée en 1967 (2), après une oscillation pendulaire entre la sévérité et l'indulgence et lorsque l'expérience a été faite des inconvénients attachés à l'une ou l'autre politique (3). L'idée directrice de la loi du 13 juillet 1967 est « d'éliminer les entreprises économiquement condamnées, sans cependant frapper d'infamie les dirigeants qui ne l'ont pas mérité, et assurer la survie d'entreprises pouvant être financièrement relevées, au besoin en écartant

(1) Baron Locré, La législation civile et commerciale de la France, Paris, 1830, T. XIX.

(2) Rép. Com. Vis Faillite.. (conditions d'ouverture) par R. Houin, n° 6 et s. ; Ripert et R. Roblot, Traité élém. dr. com. préc., n° 2 792 et s. ; A. Honorat, Les innovations de la loi du 13 juillet 1967 et du Décret du 22 décembre 1967 relatifs au règlement judiciaire et à la liquidation des biens, Juris. Cl. com. anciens art. 437 à 614, Fasc. A, 1968 ; E. du Pontavice, La réforme de la faillite, J. C. P. 1968, D, 2 138.

(3) G. Lagarde, Les travaux de la commission française de réforme du code de commerce et des lois sur les sociétés, Rev. trim. dr. com. 1956, p. 1.

leurs dirigeants, dont la gestion serait critiquable » (4). Cette recherche du renfouement des entreprises en difficulté est facilitée par la distinction faite entre le sort de l'entreprise et celui des hommes (5) et par un essai de revalorisation du concordat. De même, le Tribunal a le pouvoir d'ordonner à l'encontre des dirigeants fautifs d'une personne morale l'expropriation de leurs parts afin de maintenir l'entreprise pour des raisons d'intérêt public économique et social (6). Ces perspectives et objectifs ont provoqué une diminution sensible des pouvoirs des créanciers, et un accroissement important de ceux dévolus aux tribunaux.

273 – Les procédures de concours de droit commun ont à la fois un rôle préventif et curatif. Le premier d'entre eux est assuré par la crainte salutaire des sanctions pénales et civiles pouvant atteindre les hommes, indépendantes en principe du sort de l'unité économique, et cette crainte doit les inciter à déposer à temps le bilan. La notion de cessation des paiements devrait elle aussi correspondre à cette fonction. On sait que la jurisprudence a pendant longtemps retenu une conception particulièrement étroite, et qu'en dépit de son évolution récente (7) la notion de cessation des paiements correspond encore à une situation financière largement obérée, anéantissant par là même les chances de succès du rôle préventif des procédures de concours. Si l'on souhaite qu'elles puissent, en fait, satisfaire à l'objectif du redressement durable des entreprises, il conviendrait de favoriser leur application bien en amont de la manifestation de difficultés insurmontables.

Le rôle curatif de ces procédures est atteint dans le règlement judiciaire qui permet, après un accord des créanciers et une homologation du tribunal, de consentir au débiteur des délais et des remises et d'opérer le redressement de l'entreprise. La liquidation des biens est généralement considérée comme une procédure visant à la dispersion des éléments de l'actif et à la répartition du produit de ces cessions entre les créanciers (8) ; elle constitue la phase d'exécution qui achève la saisie collective et le syndic, seul ou avec des autorisations, poursuit les opérations de liquidation et distribue les deniers. Pourtant il est inexact de la cantonner dans

(4) Exposé des motifs du projet de loi sur le règlement judiciaire..., J. O. Doc. Ass. Nat., 15 septembre 1967, p. 1 394.

(5) L'idée en avait été suggérée par M. Houin, *Permanence de l'entreprise à travers la faillite*, préc., p. 135.

(6) art. 111 al. 2 loi du 13 juil. 1967.

(7) sur la notion de cessation des paiements, et ses évolutions récentes, cf. supra n° 35 et s.

(8) cf. cependant la fréquence des clôtures pour insuffisance d'actif, supra n° 3.

cette mission de liquidation pure et simple. La sauvegarde de l'entreprise, et plus spécialement des emplois de ses salariés et de ses unités économiques, peut être assurée à titre provisoire dans le cadre d'un contrat de location-gérance et plus durablement grâce à une cession à forfait. On a même pu écrire (9) qu'une entreprise a plus de chances de survivre avec une cession à forfait consécutive à une liquidation des biens que sous un régime de règlement judiciaire dans le cadre duquel le débiteur se trouve financièrement très affaibli.

274 – L'option du tribunal entre le règlement judiciaire et la liquidation des biens (10) procède d'une analyse purement économique, au moins lorsqu'il ne s'agit pas d'un débiteur personne physique commerçante qui se trouve dans l'impossibilité de poursuivre son activité en raison d'une déchéance venue le frapper (11). Le critère objectif du choix est fixé par l'article 7 de la loi du 13 juillet 1967 : le débiteur peut-il ou non proposer un concordat sérieux ? Il en est de même lorsque la conversion du règlement judiciaire en liquidation des biens intervient (12). Le tribunal doit considérer l'entreprise comme une unité économique dont il convient de déterminer l'aptitude à la survie grâce à un concordat (13). Or, la viabilité de l'unité économique et sociale peut être assurée par d'autres moyens que le concordat, et l'on a tendance à considérer qu'hors du concordat sa survie est impossible. Il est exact qu'en l'absence d'une notion juridique de l'entreprise en droit positif, la personne morale prend fin par l'effet du jugement ordonnant la liquidation des biens (14) et que la disparition de l'être moral peut correspondre à une opération d'absorption, qui pourtant préserve l'ensemble économique. Dans les procédures de concours, l'option du tribunal entre le règlement judiciaire et la liquidation des biens ne coïncide pas exactement avec la poursuite ou l'arrêt définitif de la vie de l'entreprise. Les juges du fond, dans le cadre de leur pouvoir souverain d'appréciation doivent rechercher si un concordat sérieux a des

(9) R. Houin, *Rev. trim. dr. com.* 1975, 633.

(10) *Rép. Com., préc.*, R. Houin, n° 197, et M. J. Campana-Reymond de Gentile, n° 371 et s.

(11) Un contrat de location-gérance, suivi ou non d'une cession à forfait, peut constituer un palliatif utile dans ce cas ; J. Pagès, *La théorie classique du patrimoine et le droit rénové de la faillite*, *Annales de la Faculté de Droit de Lyon*, 1974, 2, L. G. D. J., p. 107, spéc., p. 121.

(12) G. Rives, *Le choix entre les nouvelles procédures*, *Faillites*, *ouvr. coll. sous la dir. de R. Rodière*, Dalloz, 1970, p. 89 et s.

(13) R. Contin, *Les données et les critères du choix entre les différents types d'intervention : la nomination d'un contrôleur de gestion*, *Colloque de mai 1976, préc.*, p. 416, spéc. p. 422.

(14) art. 1 844-7 7° C. Civ.

chances d'être proposé et ne pas inférer d'un constat négatif que l'entreprise se trouve condamnée pour autant. Tout au plus peut-on considérer que le redressement dans cette dernière hypothèse sera plus aléatoire et plus délicat à entreprendre.

275 – Les dispositions des procédures collectives tendent ainsi, pour une bonne part, à favoriser le renfouement des entreprises. A titre transitoire, la poursuite de l'exploitation de l'entreprise et de ses activités est facilitée, notamment par le transfert de la gestion à un tiers grâce à un contrat de location-gérance ; à titre définitif, un véritable plan de redressement est établi, avec l'accord des créanciers, du débiteur et du tribunal, dans le cadre du règlement judiciaire (15), ou enfin une cession forfaitaire et globale est autorisée en cas de liquidation des biens.

I. LOCATION-GERANCE

276 – La continuation de l'exploitation est considérée comme normale dans le cadre du règlement judiciaire (16) et exceptionnelle en cas de liquidation des biens (17) ; pour la première procédure, il existe des chances raisonnables de propositions concordataires acceptables, alors que le droit positif assimilant la liquidation des biens à la réalisation dispersée des actifs exige que l'activité ne soit poursuivie qu'afin de faciliter les opérations de cession et si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige impérieusement. Les articles 24 et suivants de la loi du 13 juillet 1967 enferment la continuation de l'exploitation dans des limites très strictes du point de vue des autorisations nécessaires et des délais. La même section a cependant prévu, dans les articles 27 et 28, la possibilité d'un contrat de location-gérance dont la durée est fixée librement par le tribunal, sans

(15) F. Derrida, *Le rôle du commissaire à l'exécution du concordat dans la législation de 1967*, Mélanges D. Bastian, 1974, p. 385 et s., n° 7.

(16) art. 24 de la loi du 13 juil. 1967.

(17) art. 25 *ibid.*

qu'il soit tenu au respect des courts délais des articles 24 et 25 (18) ; la doctrine et la jurisprudence l'ont admis à la fois pour ne pas vider de leur substance les dispositions des articles 27 et 28, et en raison des conditions très strictes imposées pour la conclusion de ce contrat.

277 – L'utilisation courante qui est faite de cet instrument essentiel de gestion de l'entreprise après l'ouverture d'une procédure de concours confirme les prévisions des premiers commentateurs de la réforme de 1967 (19) et correspond aux nombreux intérêts qu'elle tente de concilier.

La location-gérance permet de soustraire la masse aux conséquences néfastes d'une exploitation poursuivie avec le concours du débiteur, qui n'a pas su éviter l'état de cessation des paiements (20), ou par un syndic qui ne peut lui consacrer le temps nécessaire (21), et favorise la poursuite de l'activité lorsque les dirigeants font l'objet d'une faillite personnelle (22). En plus des avantages connus de ce type d'opération (23), une nouvelle gestion, assurée par une personne physique, une personne morale existante ou une société d'exploitation créée à cet effet (24) par des tiers, des créanciers (25) ou des salariés, est de nature à conserver le potentiel de l'entreprise. Il s'ajoute fréquemment au contrat une promesse de cession (26) et la location-gérance ne sera alors plus qu'une mesure transitoire avant une cession à forfait.

(18) M. F. Soinne-Barrat, Les conditions de la gérance de l'entreprise en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, D. 1973, Chr., 295. Paris 27 juin 1980, D. 1981, IR, 64, obs. A. Honorat.

(19) F. Derrida, La réforme du règlement judiciaire et de la faillite. Rép. Defrénois, 1969, n° 75.

(20) cf. les conditions très restrictives apportées par l'article 26 de la Loi à la continuation de l'exploitation avec le débiteur ou les dirigeants sociaux.

(21) Le projet de loi n° 928, préc., propose d'instituer un corps d'administrateurs judiciaires distinct de celui des syndics et dont les fonctions sont orientées vers le redressement de l'entreprise plus que vers sa liquidation.

(22) Y. Lambert-Faivre, La vie de l'entreprise pendant la première phase de la procédure, Faillites, préc., p. 271, spéc., p. 287.

(23) cf. supra n° 207 et s.

(24) il se pose cependant la question des délais nécessaires à la constitution d'une société.

(25) cf. supra n° 218.

(26) Com. 3 mai 1972, Gaz.-Pal. 1972, 2, 741, D. 1973, 77 et M. F. Soinne-Barrat, M. Danset, La location-gérance des entreprises en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, D. 1973, Chr., 71.

La conclusion de ce contrat a été facilitée par la loi du 13 juillet 1967, et son article 27 exclut l'application des articles 4, 5 et 8 de la loi du 20 mars 1956, ainsi que l'article 9 du texte l'a prévu au profit des mandataires de justice (27). La masse n'est ainsi pas solidairement responsable avec le gérant des dettes contractées par celui-ci au cours de six premiers mois de la gérance.

278 – Le tribunal n'autorise ce contrat qu'après avoir exercé un contrôle strict sur les garanties offertes par le gérant, fixé ses modalités et sa durée, et constaté une indépendance réelle entre le débiteur et le gérant. On a voulu en effet éviter que le dirigeant ne puisse par personne interposée poursuivre l'exploitation de l'entreprise. Il s'est cependant posé la question de savoir si le gérant peut embaucher le débiteur en qualité de salarié ? La Cour de Grenoble (28) ne l'a pas admis, en invoquant le caractère d'ordre public de l'article 26 de la loi fixant les conditions requises pour que le débiteur puisse participer directement à la poursuite de l'exploitation directe de l'entreprise. Ainsi qu'on l'a relevé (29) la solution est inexacte : dès lors que le locataire-gérant est indépendant au regard du débiteur, rien n'interdit qu'un contrat de travail soit conclu avec le débiteur, si du moins le lien de subordination nécessaire existe bien. D'ailleurs, le tribunal peut en être alerté par le syndic, si tel n'est pas le cas, en application de l'article 28 de la loi, lors du renouvellement du contrat et vérifiera si l'indépendance du gérant n'est pas fictive (30).

L'article 28 de la loi permet à tout moment au tribunal de résilier le contrat de location-gérance, d'office, à la demande du syndic ou du procureur de la République, si le gérant diminue les garanties données, et introduit ainsi un facteur d'insécurité assez important.

279 – Les importants pouvoirs accordés au tribunal et l'appréciation économique qu'il doit porter sur l'opportunité de ce contrat ont conduit la jurisprudence à appliquer l'article 103-4° de la loi du 13 juillet 1967 qui interdit l'opposition, l'appel et le recours en cassation à l'encontre des ju-

(27) cf. *supra* n° 219 et s.

(28) Grenoble 31 mai 1978, D. 1979, 61, note F. Derrida, et même note : *Droit Social* 1978, 459.

(29) F. Derrida, note préc.

(30) La conséquence de l'admission de ce contrat de travail entre le débiteur et le gérant est qu'à la fin du contrat de location-gérance le débiteur se retrouve être son propre employeur, en application de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail, par le jeu des règles de la confusion, le contrat de travail disparaît, et il n'est pas créancier de la masse ; cf. note F. Derrida, préc., n° 4 ; cf. *infra* n° 281.

gements autorisant l'exploitation, ou refusant sa continuation (31). La doctrine n'est pas unanime pour accepter cette extension de l'article 103-4° à l'ensemble des opérations de continuation de l'exploitation (32), mais on peut estimer que le souci constant du législateur de 1967 de supprimer les procédures dilatoires, préoccupation généralisée depuis dans le nouveau code de procédure civile, permet une interprétation analogique dans ce domaine.

280 – Il se pose aussi la question de la durée du contrat de location-gérance. Elle est fixée par le tribunal lorsqu'il l'autorise, mais selon que l'on considère que ce contrat n'est qu'une mesure statique provisoire permettant d'écarter le débiteur de la gestion en attendant le vote du concordat ou la cession des actifs, ou qu'au contraire il constitue une technique autonome tendant à redresser l'entreprise, les solutions ne sont pas identiques. Avec la première analyse, le tribunal consent à titre exceptionnel à faire exploiter le fonds par un tiers, pour un laps de temps assez court, généralement renouvelable de trois mois en trois mois ; en revanche, si la seconde conception prévaut, une durée plus longue peut être retenue. En pratique, les deux cas sont admis par les tribunaux, et il est intéressant de relever que certaines décisions ont accepté des contrats d'une durée de plusieurs années (33). Cette dernière solution est la seule qui puisse intéresser un candidat à la gérance, dès lors qu'il ne souhaite pas à très court terme faire l'acquisition du fonds loué ; pour autant il n'y a pas là contradiction avec les dispositions de l'article 25 qui prévoit une continuation de l'exploitation très exceptionnelle en cas de liquidation des biens, puisque l'on admet que les règles de l'article 27 ont un caractère spécifique.

D'ailleurs, les rapports constants du syndic sur l'exécution de ce contrat et la possibilité pour le Procureur de la République de le saisir, permettent au tribunal de mettre fin à tout moment à la location-gérance, si le preneur diminue les garanties données (34). Si le gérant met en péril le fonds loué par sa gestion, l'application de l'article 28 est de nature à obvier aux inconvénients d'un contrat d'une durée initiale assez longue.

(31) Paris 8 mai 1978, Gaz.- Pal. 1978, II, Somm., p. 393 ; Aix-en-Provence 26 octobre 1976, D. 1978, I. R., 284, obs. F. Derrida et références citées ; Paris 15 juin 1977, D. 1977, I. R., 427, obs. A. Honorat.

(32) Plusieurs auteurs considèrent que cette extension ne se justifie pas : J. Lejoindre, Les décisions susceptibles ou non d'appel en matière de procédures collectives, Gaz.-Pal. 1979, I, D, p. 157 ; M. J. Campana, Rép. Com. préc., Union, n° 862 qui considère que l'appel est recevable contre un jugement refusant la mise en location-gérance ; *adde* : obs. préc. de Mle A. Honorat.

(33) M. F. Soinne-Barrat et M. Danset, art. préc., p. 72.

(34) art. 28 de la loi du 20 mars 1956.

En admettant cette possibilité d'un contrat de plusieurs années, le locataire-gérant sera incité à faire les investissements nécessaires, en sachant qu'il en retirera personnellement des profits.

La situation ne saurait pour autant s'éterniser ; en cas de liquidation des biens, lorsqu'une promesse de vente n'a pas été incluse dans le contrat de location-gérance, la cession intervient fréquemment au profit du preneur grâce à un traité à forfait ; dans le règlement judiciaire, le débiteur est remis à la tête de ses affaires une fois le concordat voté et homologué et la location-gérance prend fin à ce moment là. Il est cependant possible que le contrat soit poursuivi jusqu'à l'exécution complète du concordat, lorsque la location-gérance figure dans les propositions concordataires ; le locataire-gérant reçoit ainsi un mandat d'intérêt commun du débiteur et des créanciers, exploite en toute liberté le fonds, et la redevance versée permet d'assurer les échéances du concordat. L'opération comporte cependant des risques de fraude (35) et doit être très précisément menée ; elle présente pourtant l'avantage d'exclure le débiteur de la gestion de tout ou partie de l'entreprise pendant la durée du concordat, et de favoriser de nouveaux investissements, en particulier lorsqu'une société de gérance reprend le fonds.

On peut constater ainsi que la location-gérance pendant la période de continuation de l'exploitation, voire au cours de l'exécution du concordat, indépendamment des cessions pures et simples qu'elle peut favoriser, constitue un procédé qui n'a pas pour seul objet d'assurer très temporairement la gestion ; elle tend à acquérir une autonomie complète et peut constituer un moyen de réorganisation durable de la gestion de l'entreprise (36).

281 – Le projet de loi n° 975, dont l'exposé des motifs reconnaît que le redressement d'une entreprise en difficulté dépend en général d'une mise en location-gérance ou d'une cession, propose une nouvelle rédaction de l'article 27, en insistant sur la nécessité pour le locataire-gérant de justifier des moyens financiers lui permettant de faire face à ses dépenses d'exploitation au cours des six premiers mois d'activité. Il permet au juge-commissaire d'autoriser le preneur à employer le débiteur ou les dirigeants de la société mise en location-gérance, pour en faciliter l'exploitation, tout en leur interdisant d'avoir une procuration sur les comptes bancaires du gérant.

Il est surtout proposé d'étendre la garantie de l'A. G. S. lorsque le contrat de location-gérance prend fin, à la condition qu'il n'ait pas eu une

(35) cf. Rép. Com., préc., (Modes de clôture), par F. Derrida, n° 531 et 532.

(36) O. Simon, Les baux d'exploitation et la notion d'entreprise, Rev. trim. dr. com. 1977, 241, spéc., p. 249.

durée trop longue, ce qui permet la prise en charge des indemnités de licenciements. Il favorise aussi les licenciements considérés comme nécessaires avant le transfert de l'exploitation au gérant, ou la réduction des avantages propres à l'entreprise, en proposant une modification de l'article L. 122-12 du Code du travail. Une jurisprudence bien connue (37) a établi une substitution automatique du nouvel exploitant à l'ancien dans le rapport contractuel, sans que la volonté de l'un ou de l'autre des employeurs successifs puisse s'y opposer (38) afin de garantir la stabilité de l'emploi. L'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail est ainsi appliqué dans tous les cas où l'entreprise, au sens économique, se poursuit (39), y compris en cas de location-gérance.

La sécurité de l'emploi est ainsi remise en cause par ce projet de loi, au nom de l'intérêt économique de l'entreprise (40). En contrepartie, si l'on peut dire, le syndic devra consulter le comité d'entreprise ou les délégués du personnel sur les décisions relatives à la continuation de l'exploitation ou de l'activité, y compris lorsqu'un projet de location-gérance est établi (article 42).

Ce projet n'apporte ainsi que des aménagements à une institution qui oscille entre un rôle très provisoire et une destinée à plus long terme. Ces deux aspects correspondent à des situations de fait différentes, et il serait sans doute opportun d'associer plus étroitement les créanciers et les salariés à cette opération, en particulier lorsque le contrat de location-gérance est conclu avec une société d'exploitation, afin de lui conférer un rôle curatif plus marqué. En ce domaine, on retrouve les mêmes problèmes que dans le concordat, et une rénovation plus sérieuse de l'ensemble des procédures de renfouement s'avère indispensable.

282 – La location-gérance au cours des procédures collectives joue ainsi un rôle préventif en préservant la capacité de production de l'entreprise, et en évitant une dispersion des actifs ou une gestion inefficace ; elle a aussi une fonction curative si elle favorise une cession à forfait posté-

(37) F. Derrida, La sécurité de l'emploi et le droit des procédures collectives, *Droit social* 1978, n° spécial : Le droit social et l'entreprise en difficulté ou en liquidation, p. 62, n° 21 et s. et les références citées ; N. Catala, *L'entreprise*, préc., n° 70 et s.

(38) J. Savatier, note sous Soc. 16 janvier 1974, *Dr. Social* 1974, 476 ; Soc. 7 juillet 1977, *J. C. P.* 1978, IV, 316 ; Soc. 18 décembre 1978, *Com.* 9 janvier 1979, *Paris* 9 janvier 1979, *D.* 1979, I. R., 366, obs. F. Derrida, *Rev. trim. dr. com.* 1979, 707, obs. J. Derruppé ; Soc. 27 juin 1979, *D.* 1980, I. R., 197, obs. F. Derrida. Grenoble 29 mars 1978, *D.* 1978, I. R., 283, obs. F. Derrida, cassé par Soc. 31 janvier 1980, *D.* 1980, 398, note F. Derrida.

(39) Rép. Min. n° 1 381, *J. O. Déb. Ass. Nat.* 25 août 1979, 6 884.

(40) cf. le très important arrêt de la Chambre Sociale du 31 janvier 1980, cité supra, qui anticipe quelque peu sur ce projet de loi ; cf. infra n° 331.

rieure ou facilite la présentation de propositions concordataires en démontrant les capacités intrinsèques de l'unité économique. Telles sont les raisons du succès connu par cette formule, malgré ses inconvénients, et il est fréquent que les pouvoirs publics, par des aides ou l'octroi de garanties pour des prêts, participent au redressement de l'entreprise qui est mise en location-gérance. C'est le cas, par exemple, de la *Société Pilote S. A.* (41) dont le personnel a constitué en 1977 une société anonyme à participation ouvrière pour prendre en location-gérance le fonds de commerce après le prononcé du règlement judiciaire, et qui bénéficie de l'aide du C.O.D.E.F.I., puis des S. D. R. et du C. I. A. S. I. De même, après la conversion par le tribunal de commerce de Lyon le 7 février de la suspension provisoire des poursuites en règlement judiciaire, une société d'exploitation a été constituée le 13 juin 1979 (42) afin de prendre en location-gérance les actifs de la *Société Manufrance*, en rachetant à crédit l'ensemble des stocks et avec une promesse de vente pour le reste des actifs de l'entreprise.

Ces quelques exemples de l'utilisation de la location-gérance (43) dans le cadre des procédures de concours (44) le plus souvent dans la

(41) Question orale sans débat, J. O. Déb. Ass. Nat., 30 juin 1979, 5870. Cette société, employant une majorité de personnes handicapées, a dû déposer son bilan le 4 octobre 1979. Une nouvelle société coopérative ouvrière de production a repris cette entreprise, après le prononcé du règlement judiciaire. Le financement est assuré par l'établissement public régional (F 500 000), le département du Pas de Calais (F 200 000), l'aide publique (F 15 000), la Ville de Berck (F 150 000), les ASSEDIC (F 250 000), l'apport du personnel de Pilote (F 100 000), la Circo (caisse de retraite privée) (F 500 000), le F. D. E. S. (F 500 000) et la Confédération des SCOP (F 100 000). L'activité a repris le 1er février 1980 (Le Monde, 29 février 1980, p. 32).

(42) aff. *Manufrance*, cf. supra n° 45. La société d'exploitation a été constituée avec un capital d'un million de francs (Macif 30 %, Société financière Rothschild Suisse-Equitas, 30 %, Comité d'expansion de la Loire, 30 %, Société Fabis, 10 %) avec l'objectif de porter ce capital initial à 40 millions de F. Se sont ajoutés des prêts du F. D. E. S. (22 millions de F, dont un prêt participatif de 10 millions de F), d'une banque genevoise (40 millions de F), ce dernier prêt étant garanti par la Ville de Saint-Etienne. Cette société d'exploitation a été mise en liquidation des biens par le Tribunal de Commerce de Saint-Etienne le 22 octobre 1980.

(43) voir un exemple d'encart publicitaire proposant une telle opération, reproduit infra n° 363.

(44) voir aussi : Paris 12 mai 1976, Rev. Jurisp. Com. 1977, 441, note Lucas de Leyssac, aff. *Oberthur-Néogravure*, préc. Rev. Jurisp. Com. 1976, 39, note E. Massin, aff. *Boussac*, préc. supra n° 45, dans laquelle le contrat de location-gérance a été considéré dès son autorisation par le tribunal comme une simple mesure transitoire en attendant la concrétisation du traité à forfait déjà prévu ; aff. *Société Jossermoz* (Rép. Min. n° 10 987, J. O. Déb. Ass. Nat., 29 septembre 1980, 4 150) admise au bénéfice de la suspension provisoire des poursuites par jugement du Tribunal de Commerce de Lyon le 26 mars 1976, puis en raison des mauvais

perspective d'une cession à forfait, montrent bien l'inadaptation de la conception qui tend à n'en faire qu'une simple technique transitoire devant durer au plus quelques mois. La location-gérance ne peut être une fin en soi, mais renouvelée et améliorée dans ses éléments, elle peut devenir une technique de renfloement utile pour assurer la survie de l'entreprise, le maintien de l'emploi des salariés, pendant une période suffisamment longue pour prouver la viabilité de l'unité économique et préparer une opération de redressement définitif.

283 – Le concordat judiciaire, tout comme le traité à forfait constituent aussi des techniques de renfloement des entreprises soumises à une procédure de concours.

II. LE CONCORDAT JUDICIAIRE :

284 – Le concordat judiciaire, « valorisé » par la loi du 13 juillet 1967, constitue la solution normale du règlement judiciaire (45) ; défini comme la convention passée entre le débiteur et ses créanciers chirographaires, soumise à l'homologation du tribunal, par laquelle le débiteur s'engage à payer tout ou partie de ses dettes dans un certain délai (46), il permet de remettre ce dernier à la tête de ses affaires et la poursuite durable de l'activité de l'entreprise.

(suite de la note de la page précédente)

résultats enregistrés, placée en règlement judiciaire le 22 juin 1977 ; un plan de redressement a été élaboré, consistant en la création d'une société d'exploitation – la nouvelle société Jossormoz – autorisée à conclure un contrat de location-gérance pour reprendre l'exploitation de la principale unité de production ; le 15 janvier 1980, la nouvelle société a procédé au rachat complet des actifs du groupe, après deux ans de location-gérance.

(45) Rép. Com. Vis Faillite (modes de clôture), 1977, par F. Derrida, n° 1 et s. ; J. Argenson et G. Toujas, Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite, 4^e éd., 1973, Lib. Techn., T. II, n° 945 et s. ; M. de Juglart et B. Ippolito, Droit commercial, 3^e vol., 2^e éd., 1977, Montchrestien, n° 1 289 et s. ; G. Ripert et R. Roblot, Traité élém. préc., T. II, n° 3 186 et s. ; R. Rodière et B. Oppetit, Droit Commercial, préc., n° 348 et s.

(46) sur les origines historiques du concordat, J. Percerou et M. Desserteaux, Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires, T. II, n° 1 276 et s. ; pour la comparaison entre le concordat judiciaire et le concordat préventif, cf. F. Derrida, Concordat préventif et droit français, préc. ; pour les exemples de concordats préventifs et judiciaires en droit comparé, cf. infra, Annexes.

Réservé aux seules entreprises susceptibles d'être redressées, il est indispensable de faire preuve, selon l'exposé des motifs (47), d'une extrême rigueur dans le choix des entreprises en état de cessation des paiements qui paraissent mériter de survivre. C'est pourquoi le législateur s'est employé à obtenir que l'accord entre les créanciers et le débiteur soit exécuté dans les meilleures conditions, que la procédure soit assez rapide, que les créanciers privilégiés fassent connaître leurs intentions avant l'assemblée concordataire, et surtout que le concordat soit « sérieux ». Il n'entrait pas dans ses intentions de favoriser l'octroi des concordats afin d'en augmenter le nombre (48), mais de faciliter la conclusion de ceux qui auront toutes les chances de pouvoir être exécutés et d'assurer par ce moyen le renflouement de ces entreprises.

Cette conception économique du rôle du concordat permet de comprendre le nombre restreint de ceux qui sont homologués et exécutés par rapport au chiffre total des procédures collectives (49). En pratique, l'échec que l'on constate ne tient pas tant à la réglementation du concordat ou à la pratique des tribunaux qu'à l'impossibilité de renflouer une entreprise par ce moyen lorsqu'elle se trouve dans une situation financière désespérée. La notion de cessation des paiements retenue (50), même dans sa définition la plus récente, empêche de conférer au règlement judiciaire un rôle véritablement préventif. Le législateur de 1967 a certes introduit des innovations importantes dans ce domaine, en particulier en dissociant le sort des hommes de celui de l'entreprise, mais sans tirer toujours toutes les conséquences logiques de ces nouveaux principes. Les auteurs de l'Ordonnance du 23 septembre 1967, pour leur part, ont essayé de permettre une intervention judiciaire plus précoce, mais sans beaucoup plus de succès en pratique (51).

285 – Institution sans doute en crise, mais non encore en désuétude (52), le concordat judiciaire ne peut avoir un rôle préventif réel en raison de la saisine trop tardive des tribunaux. L'objectif du renflouement de l'entreprise n'en demeure pas moins prioritaire et correspond ainsi à sa fonction curative. Les exigences de sérieux du concordat, de sa conformité à l'inté-

(47) Exposé des motifs du projet de loi, préc., p. 1 394.

(48) F. Derrida, La réforme du règlement judiciaire et de la faillite, préc., n° 9.

(49) cf. supra n° 3 et infra Annexes.

(50) cf. supra n° 35 et s.

(51) cf. supra n° 43 et s.

(52) Y. Chaput, L'inégalité des débiteurs face aux procédures collectives, préc., p. 125.

rêt public font prévaloir la recherche du sauvetage de l'entreprise sur l'intérêt des créanciers, et supposent que le concordat ne soit pas limité à un simple échéancier des remboursements à faire mais revête un caractère plus large de véritable plan de redressement économique et financier.

Il est possible de constater une nouvelle fois que le rôle préventif des techniques de renfouement se trouve lié à leur fonction curative et que cette dernière, prise isolément, n'est réalisée qu'à la condition d'embrasser tous les aspects, tous les éléments de l'entreprise et non pas seulement les seules conséquences financières des difficultés. En ce sens le concordat pourra être jugé sérieux et conforme à l'intérêt public et par là même en accord avec l'intérêt bien compris de l'ensemble des créanciers antérieurs et postérieurs au jugement déclaratif.

286 – La fonction curative du concordat judiciaire souffre cependant de plusieurs imperfections techniques, auxquelles le projet de loi n° 975 tente de porter remède. Mais il n'est pas envisagé par ce projet de transformer en profondeur cette procédure. Plusieurs auteurs ont élaboré des projets plus novateurs et envisagé une véritable réforme du règlement judiciaire, qui serait à même de lui conférer une plus grande efficacité.

A. La fonction curative du concordat :

287 – L'opinion selon laquelle le concordat ne tend plus seulement au paiement des créanciers mais constitue un véritable plan de sauvetage de l'entreprise (53) n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine. Selon M. le Doyen R. Houin (54) cette procédure se fonde sur la constatation que le débiteur peut trouver les moyens financiers suffisants pour maintenir son exploitation en payant de façon satisfaisante l'ensemble de ses créanciers, qui doivent y trouver leur compte. D'autres auteurs (55) assimilent le caractère sérieux du concordat à l'intérêt des créanciers.

Il serait cependant inexact d'opposer l'intérêt des créanciers à la survie de l'entreprise et les auteurs s'accordent pour reconnaître que si l'en-

(53) Rép. Com. préc., n° 7 et 403 ; F. Derrida, Le rôle du commissaire à l'exécution du concordat dans la législation de 1967, Mélanges D. Bastian, T. I, p. 385, spéc., p. 388. On retrouve ce même objectif du sauvetage de l'entreprise à propos du régime applicable aux opérations accomplies pendant la période préparatoire du règlement judiciaire, cf. note F. Derrida, sous Com. 8 octobre 1979, D. 1980, 91.

(54) obs. R. Houin, Rev. trim. dr. com. 1975, 633 ; dans le même sens : C. Gavalda, note sous Ass. Plén. 13 février 1976, J. C. P. 1977, II, 18 518.

(55) J. Argenson et G. Toujas, op. cit., n° 946 et 1 171.

treprise, au sens économique du terme, est encore viable alors que son passif est trop important, elle ne pourra proposer un concordat acceptable et devra avoir recours à d'autres techniques, comme le traité à forfait. De même, son sauvetage ne peut être réalisé en sacrifiant totalement les créanciers antérieurs à la procédure.

Mais, depuis la réforme de 1967, le concordat est directement orienté vers le renfouement durable de l'entreprise et l'intérêt des créanciers ne figure plus en tant que condition expresse de son homologation par le tribunal. La conception économique qui a prévalu intègre cet intérêt catégoriel dans un faisceau d'intérêts plus vastes et le contrôle d'opportunité que le tribunal doit réaliser porte principalement sur l'avenir de l'entreprise.

L'ensemble de la réglementation nouvelle du concordat prend en compte, à titre principal, des intérêts économiques et sociaux que l'on ne pourrait réduire au seul paiement échelonné du passif. En ce sens, la pérennité d'une entreprise viable peut s'obtenir grâce à un concordat, qui devient le point de départ du redressement définitif et non pas une fin en soi. On peut le constater en examinant les différentes conditions prévues par le législateur en ce domaine.

288 – La loi de 1967 insiste constamment sur la nécessité du sérieux du concordat, ou de sa conformité à l'intérêt public, aussi bien lorsque l'option est exercée entre le règlement judiciaire et la liquidation des biens (56) que lors de l'homologation du concordat par le tribunal (57).

Le dépôt par le débiteur (58) de ses propositions concordataires (59) ne se limite pas à un simple échéancier de remboursement, même précis et détaillé. L'article 69 de la loi, en plus des différents éléments de l'opération et des garanties proposées pour son exécution, impose au débiteur de préciser « les mesures envisagées pour son rétablissement ». Il s'agit des moyens généraux dans le domaine économique, commercial et social qui permettront de résoudre les difficultés rencontrées. On peut se demander si cette condition, généralement ignorée, ne confère pas aux pro-

(56) art. 7 al. 1 de la loi.

(57) art. 72 de la loi.

(58) La jurisprudence considère que ces propositions sont intangibles : Paris 5 mai 1978, *Rev. Jurisp. Com.* 1979, 381, note R. Le Guidec.

(59) dans le délai de huitaine suivant la mise en demeure du greffier (art. 60 Décret du 22 décembre 1967), sous peine d'une conversion en liquidation des biens : Com. 22 janvier 1979, *Bull. IV*, n° 25, p. 20, D. 1979, I. R., 375, obs. A. Honorat ; Paris 6 décembre 1979, D. 1980, I. R., 242, obs. A. Honorat ; cf. cependant une interprétation indulgente de ces dispositions par la Cour de Paris, 6 mars 1980, D. 1980, I. R., 320, obs. critiques A. Honorat.

positions concordataires un caractère plus global, proches en cela de la procédure de suspension provisoire des poursuites qui a prévu le dépôt d'un plan de redressement économique en plus d'un plan d'apurement du passif ?

L'article 69 de la loi comprend ces aspects du renfouement de l'entreprise, et s'ils n'ont qu'une valeur indicative pour les créanciers appelés à voter le concordat, ils demeurent utiles pour justifier le sérieux de l'échéancier proposé et les remises sollicitées, en permettant au tribunal, lors de l'homologation, de mieux apprécier les chances de redressement durable de l'entreprise. Le rôle curatif du concordat n'est obtenu que si les propositions concordataires contiennent toutes les mesures envisagées pour porter remède efficacement à l'ensemble des difficultés. Le paiement des créanciers à terme n'est qu'une facette d'un ensemble de mesures, et la réorganisation profonde de l'entreprise constitue la condition même de son exécution.

Une constatation identique peut être faite à propos des pouvoirs dévolus aux tribunaux à propos de l'homologation du concordat.

289 – Avant de pouvoir homologuer la convention votée par les créanciers, aux conditions de majorité requises (60), le tribunal doit procéder à un contrôle de légalité et surtout d'opportunité (61) plus sévère qu'avant 1967, et portant sur le caractère sérieux du concordat (62) et sa conformité à l'intérêt public. Disposant d'un pouvoir souverain d'appréciation (63), les juges du fond doivent ainsi déterminer si le concordat est exécutable (64). En examinant les motifs de refus d'homologation sur le fondement de ces deux critères (65) on constate qu'en réalité il est seulement procédé à l'examen d'une question unique : le renfouement de l'entreprise peut-il être obtenu grâce à ce concordat ?

(60) art. 70 de la loi.

(61) art. 72 de la loi.

(62) Sur le point de savoir qui a la charge de la preuve de la possibilité ou de l'impossibilité pour le débiteur de proposer un concordat sérieux, cf. obs. F. Derrida sous Com. 6 décembre 1978, D. 1979, I. R., 371.

(63) rappelé par Com. 6 décembre 1978, préc., Com. 7 février 1977 (aff. GEEP), D. 1977, I. R., 427, obs. A. Honorat, J. C. P. 1977, IV, 87, J. C. P. 1979, II, 19 128, note N. Montout, Com 19 novembre 1979, J. C. P. 1980, IV, 46.

(64) La Cour de cassation a rappelé (Com. 28 mai 1979, J. C. P. 1979, IV, 255) que si dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation la Cour d'appel considère que le débiteur ne peut présenter un concordat sérieux, elle doit nécessairement convertir le règlement judiciaire en liquidation des biens.

(65) cf. la jurisprudence citée : Rép. Com., préc., n° 377 et s.

290 – Au titre de l'intérêt public, on a retenu l'utilité de l'activité pour la collectivité, l'intérêt des salariés, et aussi – malgré la distinction entre le sort des hommes et celui de l'entreprise – le comportement du débiteur. Ce dernier doit inspirer un minimum de confiance et des fautes graves telles que l'absence de comptabilité, l'emploi de moyens ruineux de se procurer du crédit, l'émission d'effets de complaisance ou des faits constitutifs de fraude fiscale, même non sanctionnés, peuvent faire douter de son aptitude à exécuter correctement le concordat. N'ont pas été homologués des concordats qui prévoyaient des remises trop importantes, suivant sur ce point une tradition bien établie des juridictions consulaires ; il est généralement admis que le concordat doit prévoir le remboursement d'au moins soixante à soixante-dix pour cent du passif chirographaire dans un délai de dix ans au plus, intérêts compris (66), le fondement de cette exigence se trouvant dans le respect de la moralité commerciale.

L'intérêt public commande sans doute ces solutions, tout autant que le simple respect du caractère sérieux du concordat. En effet, dans toutes ces situations, la question se pose de savoir si le concordat est ou non exécutable ; il ne l'est pas si l'on peut soupçonner le débiteur de récidiver dans la réalisation de certaines fautes ou fraudes, ou si l'importance des remises consenties par ses créanciers dénature le règlement judiciaire. Dans ce dernier cas, plus qu'une question de moralité commerciale, c'est en réalité l'avenir de l'entreprise qui se trouve menacé puisque le débiteur ne peut offrir un échéancier plus favorable à ses créanciers, et avoue ainsi l'impossibilité pour lui de redresser durablement son entreprise, autrement qu'en obtenant un sacrifice presque total de la part de ses créanciers. On peut même estimer que si l'on admettait ce type d'assainissement, il ne serait pas porté remède efficacement aux causes des difficultés.

Pour apprécier le caractère sérieux du concordat, les tribunaux examinent s'il est de nature à opérer le redressement de l'entreprise (67), si les résultats enregistrés pendant la poursuite de l'exploitation présentent favorablement de son avenir, et si le passif dit de masse, ainsi que privilé-

(66) J. Martineau, Colloque de mai 1976, préc., p. 410 ; et Rép. Com., préc., n° 402. Dès avant la loi de 1967, le Tribunal de commerce de la Seine avait provoqué la généralisation du principe selon lequel ne pouvaient être homologués que les concordats prévoyant le remboursement de 100 % en dix ans, intérêts compris (discours de M. Ithurbide, Rev. trim. dr. com. 1961, p. 41 ; R. Ithurbide, Histoire critique de la faillite, L. G. D. J., 1973, p. 22 et s.). En 1979 (cf. infra, Annexes, Statistiques) le Tribunal de Commerce de Paris a homologué des concordats prévoyant 100 % de dividendes dans 65,48 % des cas, et dans 25,64 % des cas des concordats comprenant de 60 à 80 % de dividendes promis.

(67) Tel est le cas lorsque la réalisation partielle de stocks importants peut procurer les fonds nécessaires à la reprise de l'activité et que l'exécution du concordat est garantie par des cautions réelles : Aix-en-Provence 3 avril 1979, D. 1980, I. R., 193, obs. F. Derrida.

gié (68) pourra être réglé. La possibilité du sauvetage de l'entreprise par ces moyens est donc examinée de manière globale. Pour refuser l'homologation du concordat, les tribunaux relèvent en général des éléments négatifs qui sont estimés assez graves pour empêcher la réussite du renfouement. L'intérêt des créanciers (69), celui des salariés, tout comme la valeur d'exemple du concordat pour l'ensemble des commerçants, figurent au nombre des éléments sur lesquels les tribunaux font porter leur appréciation.

Mais le critère essentiel reste la possibilité d'un redressement durable de l'entreprise : il est apprécié en fonction de son aptitude intrinsèque à survivre et favorisé par les sacrifices modérés qui sont consentis par ses créanciers. Cette analyse économique d'ensemble permet aux tribunaux de refuser, par exemple, d'homologuer un concordat lorsqu'un traité à forfait est déjà envisagé et qu'il leur paraît de meilleur augure pour l'avenir de l'entreprise (70).

291 – Le rôle curatif du concordat correspond à la présentation, au vote, puis à l'homologation d'un véritable plan de redressement de l'entreprise et ne peut être réduit au seul paiement des créanciers. Le législateur a d'ailleurs pris soin de faciliter l'exécution du concordat par de nombreuses dispositions, parmi lesquelles figure la possibilité de désigner un commissaire au concordat afin de veiller à sa bonne fin (71). Pour sa part, la

(68) cf. par exemple : Paris 1 octobre 1976, D. 1977, I. R., 165, obs. A. Honorat.

(69) Les dispositions fiscales incitent les créanciers à voter les propositions concordataires, puisqu'ils peuvent constituer une provision correspondant au montant de la créance produite puis conserver cette provision une fois que le concordat est homologué, les remises consenties passant en pertes ; cf. F. Derrida, Rép. Com., préc., n° 11 ; art. 86 du projet de loi n° 975, préc. En revanche, il a été nécessaire de rappeler que les remboursements concordataires ne sont pas déductibles du bénéfice imposable (Rép. Min. n° 11 547, J. O. Déb. Ass. Nat. 21 octobre 1979, p. 8679, Rev. Soc. 1980, p. 185), mais ces entreprises disposent de déficits reportables ou d'amortissements réputés différés provenant de la période antérieure de difficultés qui viennent réduire, voire annuler la base d'imposition pendant les années de rétablissement, et il peut éventuellement être envisagé de leur octroyer des délais (cf. supra n° 89 et s.).

(70) Com. 7 février 1977 (aff. Geep), préc.

(71) art. 73 de la loi ; F. Derrida, Le rôle du commissaire à l'exécution du concordat dans la législation de 1967, préc. ; Rép. Com., préc., n° 564 et s. ; Aix-en-Provence 17 décembre 1978, D. 1978, I. R., 282, obs. F. Derrida : dans cette affaire, le débiteur a pu éteindre son passif privilégié grâce aux fonds recueillis pendant la continuation de l'exploitation et aux avances de sa femme ; le concordat prévoit le paiement à 100 % du passif chirographaire en cinq ans ; les juges du fond ont cependant désigné d'office un commissaire à l'exécution du concordat afin de vérifier l'établissement de ses déclarations fiscales et sociales et de veiller au paiement des sommes dues. cf. infra, Annexes, Statistiques du Tribunal de Commerce de Paris.

jurisprudence, plutôt que de convertir le règlement judiciaire en liquidation des biens, a admis qu'un délai de grâce pouvait être octroyé afin de faciliter une exécution difficile du concordat (72).

Mais cette fonction curative se trouve limitée par un certain nombre d'obstacles importants. Si l'on admet que le concordat a pour rôle d'assurer la survie de l'entreprise, le pouvoir reconnu à l'assemblée des créanciers chirographaires de refuser les propositions du débiteur interdit au tribunal de vérifier sa conformité à l'intérêt public. Ce *veto* insurmontable (73) des créanciers présents à l'assemblée (74) qui peut être provoqué par leur aveuglement, le souci d'éliminer un concurrent, le souhait d'un paiement immédiat au moyen de la réalisation des actifs de l'entreprise, ou bien d'autres motifs encore, contredit la finalité de l'institution.

De même, la présence de créanciers bénéficiaires de sûretés constitue un obstacle au redressement de l'entreprise. Les tribunaux n'homologuent un concordat que si ce passif peut être apuré immédiatement en totalité, à moins que ces créanciers n'aient accepté de consentir des délais, si cela leur est possible (75), ou bien que de tels délais leur soient imposés, ainsi que les réductions concordataires, en application de l'article 71 de la loi. La jurisprudence a admis qu'ils peuvent réaliser les biens affectés à la garantie d'une sûreté réelle spéciale dès que leur créance a été admise de façon irrévocable (76) et cela leur confère le pouvoir d'empêcher l'exécution du concordat.

(72) cf. supra n° 86 ; Com. 15 juin 1975, D. 1976, 737, note F. D. ; Com. 2 février 1976, Bull. IV, n° 38, p. 74 ; A. Martin-Serf, Réflexions sur la nature contractuelle du concordat, Rev. Jurisp. Com. 1980, p. 293, n° 32.

(73) F. Derrida, Pour une conception nouvelle du concordat dans le règlement judiciaire, Dix ans de droit de l'entreprise, préc., p. 1013 et s., n° 9.

(74) L'absentéisme des créanciers à l'assemblée est général.

(75) voir la situation particulière du Trésor et de la Sécurité Sociale, rappelée par l'article 71 al. 2 de la loi ; cf. supra n° 89 et s. ; A. Pirovano, La situation de la Sécurité Sociale en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de l'entreprise, Dr. Social 1978, n° spécial, préc., p. 138, n° 63 et s.

(76) Ass. Plén. 13 février 1976, préc., D. 1976, 237, concl. Schmelck, note F. Derrida et A. Honorat ; Com. 15 février 1977, D. 1977, 237, note A. Honorat, obs. compl. F. Derrida, J. C. P. 1977, II, 18 677, note C. Gavalda, Rev. trim. dr. com. 1978, 616, obs. E. Le Gall, cité dans le Rapport de la Cour de cassation, préc., p. 74, et dans le commentaire de ce même Rapport par les membres de la Section de droit privé de la Faculté de Droit de Saint-Maur, J. C. P. 1979, D. 2 953, n° 75 et 76 ; Com. 3 juillet 1978, D. 1979, I. R., 35, obs. A. Honorat, J. J. Daigre, Les créanciers titulaires de sûretés réelles et le concordat, J.C.P. 1980, éd. C.I., II, 13 364.

292 – Le concordat ne permet ainsi le renfouement de l'entreprise en état de cessation des paiements que si le débiteur est encore en mesure de régler le passif privilégié et d'obtenir l'accord de la majorité de ses créanciers chirographaires, en proposant un plan de redressement économique et financier jugé conforme par le tribunal à la capacité de survie de l'entreprise (77). La somme des conditions nécessaires pour bénéficier de cette procédure rend l'ensemble peu adapté à l'objectif essentiel du sauvetage de l'entreprise. Il semble que le législateur de 1967 ait perdu de vue les prémisses de son raisonnement économique en n'accordant pas les moyens techniques à l'objectif poursuivi. Une réforme du concordat s'avère ainsi nécessaire.

B. La réforme du concordat :

293 – Les critiques adressées au concordat et le constat de son peu d'efficacité pratique ont conduit la doctrine et les praticiens, à l'occasion de nombreux colloques (78) ou dans d'importants travaux de recherche, à proposer des moyens permettant de remédier à ses défauts structurels.

Un premier auteur (79) suggère que l'on ne conserve aux créanciers chirographaires qu'un pouvoir consultatif lors de l'examen des propositions concordataires, et de reconnaître un pouvoir identique aux salariés, bailleurs de fonds, fournisseurs et sous-traitants, qui à un titre ou à un autre sont directement intéressés par la poursuite de l'activité de l'entreprise ; enfin, chaque créancier privilégié serait consulté isolément afin de savoir s'il accepterait de consentir des délais ou des remises ; le tribunal aurait ainsi seul le pouvoir d'admettre ou de refuser le concordat, éclairé par tous ces avis. Le concordat prendrait alors une nature uniquement judiciaire et ces différentes mesures correspondraient à la finalité du règlement judiciaire : assurer le redressement durable de l'entreprise qui est encore viable économiquement.

(77) et à la condition que le débiteur n'ait pas été condamné personnellement dans le cas d'une entreprise exploitée sous forme individuelle.

(78) cf. Colloque de mai 1976, préc., Colloque de Lille 1978, préc., XVI^e Congrès des syndics et administrateurs, rapport préc. de Me Chevrier, Rev. trim. dr. com. 1976, 643 ; XVII^e Congrès des syndics et administrateurs, Orléans 28-30 septembre 1978, Gaz.-Pal. 1978, II, D, 607 ; Salon de l'Avocat, 8-9 décembre 1978, rapport R. Perrot, Le traitement des entreprises en difficultés, Gaz.-Pal. 1979, I, D, 51.

(79) F. Derrida, Pour une conception nouvelle du concordat dans le règlement judiciaire, préc., n° 16 et s. ; art. préc., Dr. Social 1978, n° spécial, p. 65, note 21, et Rép. Com., préc., n° 7.

Pour d'autres auteurs (80), le concordat et le plan de l'Ordonnance de 1967 font double emploi et il conviendrait d'emprunter à la suspension provisoire des poursuites les principales dispositions qui lui permettent d'avoir un rôle curatif ; tel est le cas notamment de l'établissement d'un plan de redressement économique adjoint au plan d'apurement du passif, qui serait admis par le tribunal et lui seul, et serait opposable à tous les créanciers, y compris ceux qui bénéficient de privilèges (81).

294 – Le projet de loi n° 975 (82) n'a repris aucune de ces propositions et se limite à régler quelques difficultés particulières, sans procéder à une véritable refonte du règlement judiciaire. Il ratifie quelques solutions jurisprudentielles, à propos du droit de poursuite des créanciers bénéficiaires de sûretés réelles, et de l'immutabilité des propositions concordataires du débiteur ; comme pour l'ensemble des procédures collectives, les licenciements sont facilités et il est proposé d'étendre la prise en charge par l'A. G. S. des indemnités de licenciement.

La seule disposition qui soit un peu nouvelle est l'emprunt fait à la suspension provisoire des poursuites de la nécessité d'adjoindre à l'échéancier financier un véritable plan de redressement économique, dont le tribunal doit examiner le caractère sérieux. Si l'on peut voir là la confirmation de l'analyse proposée des dispositions de la loi de 1967 et l'amorce d'une consultation des salariés (83), aucun des obstacles à l'efficacité du concordat n'est vraiment levé. Les créanciers chirographaires conservent leur droit de *veto*, puisqu'ils doivent voter le concordat pour que le tribunal puisse l'examiner ; les créanciers bénéficiaires de sûretés réelles peuvent réaliser les biens, même s'ils sont indispensables à la

(80) P. Guetta, Règlement judiciaire et suspension provisoire des poursuites, Mémoires D. E. A., dactyl., 1976, Nice ; J. Foyer, Suspension provisoire, règlement judiciaire : unité ou dualité des procédures ? Colloque de Lille, préc., p. 145 ; R. Verdot, Faut-il supprimer le règlement judiciaire ? Réflexions sur l'unification des procédures collectives de redressement des entreprises, Mélanges P. Kayser, 1979, T. II, 397 et s. ; B. Soenne, Suspension provisoire des poursuites, règlement judiciaire et réforme de la faillite, La réalité ou l'illusion d'une dualité maintenue, D. 1980, Chr., 73. J. Foyer, De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises, Etudes P. Azard, Cujas, 1980, p. 55 et s.

(81) Lors du XVIIe Congrès des syndics et administrateurs, préc., il a été proposé de supprimer les privilèges généraux : Rapport de Me Rossignol ; lors du Congrès précédent, Me Chevrier avait estimé qu'il fallait transposer la règle de « banalisation » des privilèges de la suspension provisoire dans le règlement judiciaire.

(82) cf. supra n° 258 et s.

(83) L'article 58 du projet impose au syndic d'envoyer au comité d'entreprise, ou aux délégués du personnel, l'ensemble des propositions concordataires (plan de redressement et d'apurement du passif), et ils peuvent formuler des observations dans le délai de huit jours.

poursuite de l'activité, à l'issue du délai d'un an à compter du jugement ouvrant la procédure, même s'ils ne sont pas encore admis.

La contradiction entre l'essai de sauvetage de l'entreprise que le plan de redressement économique vient de compléter, et le maintien d'une protection aveugle des créanciers (84) est ainsi flagrante dans ce projet de loi.

295 – On ne peut pas considérer que ce projet constitue la réforme du concordat tant attendue ; il est vrai qu'une telle modification du droit positif exigerait que soient clairement définis les objectifs poursuivis et adaptées en conséquence les dispositions techniques. L'hésitation entre la nécessité de la sauvegarde d'unités économiques viables – assurant des emplois – et l'intérêt égoïste des créanciers montre que le règlement judiciaire reste encore marqué par ses origines de procédure de concours tendant d'abord à assurer le paiement égalitaire des créanciers en rejetant le principe antérieur du droit du créancier premier saisissant. Admettre, au nom d'intérêts supérieurs, que quelques entreprises puissent bénéficier du régime spécial de la suspension provisoire des poursuites est sans doute plus aisé que de généraliser de telles dispositions à l'ensemble des personnes justiciables des procédures de droit commun ; mais il semble que le rôle curatif du concordat pourrait être effectivement assuré si l'on conférait au tribunal des pouvoirs de décision identiques à ceux qui sont les siens dans le cadre de la suspension provisoire des poursuites, en n'accordant aux créanciers qu'un pouvoir consultatif, lui seul étant en mesure d'apprécier la conformité du concordat aux différents intérêts en cause, qu'il s'agisse de celui de l'unité économique, ou de celui de ses salariés, des créanciers et de l'environnement économique et social (85).

Il conviendrait surtout de modifier le moment de l'intervention judiciaire dans la vie de l'entreprise, en admettant une conception plus large de la cessation des paiements : le rôle préventif du concordat judiciaire est inséparable de sa fonction curative et on ne peut dissocier ces deux fonctions. Les auteurs qui suggèrent l'institution d'une procédure unifiée en ont eu conscience, puisqu'ils proposent de retenir la notion de situation

(84) On a noté que les décisions les plus récentes de la Cour de cassation manifestent une nette préférence en faveur des créanciers bénéficiaires de sûretés à l'encontre des créanciers chirographaires : F. Derrida, *Le crédit et le droit des procédures collectives*, préc., n° 3, notamment depuis l'arrêt du 7 mai 1979 (D. 1979, 431, note F. Derrida et J. P. Sortais) qui applique le privilège du Trésor, et partant tous les privilèges généraux, aux sommes versées par les dirigeants condamnés à combler l'insuffisance d'actif.

(85) Pour une défense de la nature contractuelle du concordat, cf. A. Martin-Serf, art. préc., n° 48.

financière difficile ou le simple état de difficulté pour justifier l'ouverture de la nouvelle procédure.

En définitive, toute réforme des procédures de concours suppose la définition au préalable des priorités que l'on souhaite reconnaître, puis du choix des solutions techniques les mieux adaptées à l'objectif recherché.

La prééminence de l'intérêt de l'unité économique et sociale sur celui des créanciers ne peut que conduire à amplifier le dirigisme judiciaire et renforcer la mission de magistrature économique des tribunaux ; de même une plus grande diffusion des informations relatives à la gestion de l'entreprise, et la possibilité de saisir le président du tribunal de commerce lorsque certains indices sérieux de difficultés se manifestent, constituent sans doute la meilleure façon de protéger l'intérêt des créanciers et des salariés. Dans ce cadre d'ensemble, le concordat peut avoir un rôle préventif et curatif.

296 – Le prononcé de la liquidation des biens n'exclut pas la possibilité pour certains éléments ou toute l'entreprise d'être renfloués, grâce à un traité à forfait.

III. LE TRAITE A FORFAIT :

297 – La liquidation des biens peut être prononcée dès l'ouverture de la procédure ou bien sur conversion du règlement judiciaire (86) et elle revêt un caractère exclusivement judiciaire. La réalisation immédiate de l'actif n'est évitée que si la poursuite de l'exploitation a été autorisée. L'article 88 de la loi du 13 juillet 1967 prévoit cependant la possibilité pour le syndic de céder pour un prix global et forfaitaire tout ou partie de l'actif, l'opération étant qualifiée de cession ou de traité à forfait (87). Sa réalisation s'est trouvée nettement facilitée en 1967, ainsi que le demandaient les auteurs du rapport Delmas (88), par la suppression de l'exigence anté-

(86) Rép. Com. Vis Faillite... (modes de clôture), Union, par M. J. Campana Reymond de Gentile, G. Ripert et R. Roblot, *Traité élém. préc.*, n° 3 240 et s., G. de la Pradelle, *L'union, Faillites, préc.*, p. 335 et s., F. Derrida, *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite, préc.*, n° 152.

(87) Rép. Com., *préc.*, n° 936 et s.

(88) Aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire (étude des mécanismes), *préc.*, n° 182 ; R. Houin, *Permanence de l'entreprise à travers la faillite, ibid.*, p. 135 et s.

rieure d'une décision des créanciers prises à certaines majorités (89). La permanence de l'entreprise est ainsi assurée grâce à une reprise d'un fonds de commerce ou d'une unité économique par un tiers. Ce dernier pourra ensuite obtenir plus aisément des crédits. Du point de vue de l'entreprise et de ses créanciers, le traité à forfait présente l'avantage d'éviter la dispersion de ses éléments constitutifs, les aléas d'enchères publiques trop souvent « contrôlées » (90) et de préserver l'emploi des salariés.

298 – Le traité à forfait, considéré comme un procédé exceptionnel de réalisation des biens du débiteur, ne peut être utilisé qu'en respectant les conditions prévues par l'article 88 de la loi (91). Il est parfois déformé afin de préserver des emplois en cachant une vente de gré à gré (92), et un tel subterfuge est condamné par la doctrine et la jurisprudence (93). De même, le tribunal ne peut contraindre le syndic à en conclure un lorsqu'il s'y oppose (94) et il est impossible en cas de règlement judiciaire (95). On en trouve fréquemment une utilisation après la continuation de l'exploitation opérée dans le cadre d'un contrat de location-gérance, par une cession réalisée au profit du locataire en exécution d'une promesse insérée dans le contrat de location (96).

(89) art. 592 ancien C. de com.

(90) note F. Derrida, sous Paris 21 décembre 1976, *Rev. Jurisp. Com.* 1977, 211 ; Les dangers de la faillite pour la pratique notariale quotidienne, Cridon, Lyon, 1977, p. 78 et s., par M. Dureuil.

(91) note F. Derrida, sous *Com.* 25 novembre 1975, *D.* 1976, 155 ; le traité à forfait peut soulever quelques difficultés lorsque parmi les biens cédés figure le logement de la famille (cf. *Civ.* 3^e, 12 octobre 1977, *Bull. III*, n° 345, *D.* 1978, 333, note Y. Chartier, *Rép. Defrénois* 1978, 374, obs. H. Souleau, *Rev. trim. dr. civ.* 1979, 584, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi) ou un bien commun (*Civ.* 1^{er}, 21 nov. 1978, *D.* 1979, I. R., 184, obs. A. Honorat, *D.* 1979, 365, note M. Jeantin, qui admet que le syndic peut être autorisé à aliéner dans les conditions de l'article 88 les biens communs d'époux dont l'un d'entre eux est soumis à une liquidation des biens).

(92) *Civ.* 1^{er}, 21 novembre 1978, *préc.*

(93) en prononçant sa nullité absolue : cf. note F. Derrida sous *Com.* 8 octobre 1979, *D.* 1980, 91, note 14 bis ; voir cependant un cas dans lequel, à propos de l'application de l'article 103-5 de la loi de 1967, la Cour de cassation n'a pas sanctionné l'excès de pouvoir des juges du fond qui avaient autorisé une cession à forfait qui s'analysait en réalité en une vente amiable interdite : *Com.* 20 novembre 1979, *D.* 1980, I. R., 244, obs. A. Honorat.

(94) *contra* : Pau 9 janvier 1976, *D.* 1976, 472, note critique F. Derrida.

(95) *Com.* 25 novembre 1975, *préc.*

(96) cf. aff. *Boussac*, *préc.*

A la demande d'un créancier, du débiteur ou du syndic, le tribunal autorise ce dernier à commencer les opérations de cession et il en apprécie souverainement l'opportunité en procédant à l'analyse des éléments qu'il doit lui fournir (97). Puis, le tribunal intervient une seconde fois afin de ratifier le traité et en vérifiant qu'il présente un intérêt certain pour la masse (98). Ce surcroît de précautions a d'ailleurs conduit le Parlement, non sans hésitations (99), à supprimer les voies de recours (100). Ce n'est que lorsque l'opération ne s'analyse pas en un traité à forfait qu'il est possible d'exercer les voies de recours normales, l'article 103-5 de la loi du 13 juillet 1967 n'étant pas applicable. La détermination de la nature juridique de cette cession particulière s'avère alors importante et on admet qu'elle est caractérisée par l'absence de garantie du vendeur vis-à-vis de l'acheteur (101), qui acquiert ainsi à ses risques et périls, plus encore que par l'aspect amiable de la vente moyennant un prix forfaitaire (102).

(97) art. 83 Décret 22 décembre 1967.

(98) Paris 1 décembre 1965, D. 1966, 243, Rev. trim. dr. com. 1966, 404, obs. R. Houin ; cf. un cas particulier : Trib. Com. Paris 6 octobre 1980, Banque 1980, 1437, obs. L.M. Martin : deux propositions concurrentes étaient faites, la première envisageant un contrat de location-gérance d'une société en règlement judiciaire (avec sans doute une promesse de cession) permettant de libérer des immeubles au profit de la masse et prévoyant de reprendre 1 110 salariés sur un effectif total de 1 750 ; la seconde contenait un rachat forfaitaire des actifs, « ne laissant aux créanciers que peu d'espoir de recevoir un dividende extrêmement minime », mais permettant de reprendre l'ensemble du personnel. Cette seconde offre avait reçu l'appui des cadres et du personnel, qui menaçaient d'avoir recours à une grève illimitée si le tribunal ne l'acceptait pas, et selon une « information incomplète, voire tendancieuse » invoquait l'appui des pouvoirs publics.

Le Tribunal « ainsi paralysé, se trouve dans l'impossibilité de choisir la solution qui serait la plus conforme à l'intérêt des créanciers, voire à l'intérêt bien compris de la restructuration de l'entreprise... et ne peut donc qu'accepter la proposition d'achat à forfait » (la 2^e proposition).

(99) F. Derrida. La réforme du règlement judiciaire et de la faillite, préc., n° 161 ; Rép. Min. n° 35669, J. O. Déb. Ass. Nat., 8 décembre 1980, 5189.

(100) art. 103-5 de la loi du 13 juillet 1967 ; Pau 9 janvier 1976, préc. ; la voie de la tierce-opposition a été refusée : Com. 9 janvier 1978, D. 1978, I. R., 311, obs. A. Honorat ; *contra* : Trib. Com. Vienne 27 septembre 1977, D. 1978, I. R., 286, obs. F. Derrida ; pour un cas d'irrecevabilité d'un pourvoi en cassation, cf. Com. 20 novembre 1979, préc.

(101) Aix-en-Provence 29 mars 1974, D. 1974, Som. 88 ; Aix-en-Provence 1 décembre 1978, D. 1979, I. R., 307, obs. F. Derrida ; Paris 15 décembre 1980, J. C. P. 1981, II, 19541, Concl. Jeol, D. 1981, 281, Concl. Jeol et note F. Derrida (spéc., n° 9).

(102) G. Toujas, De la cession à forfait en période d'union, J. C. P. 1940, I, 163, n° 3 ; Rép. Com., préc., n° 946 ; G. de la Pradelle, art. préc., p. 346 ; en cas de cession à forfait d'un fonds de commerce, l'opération reste soumise à la loi du 17 mars 1909, et un créancier peut faire opposition au paiement du prix et se porter surenchérisseur : Aix-en-Provence 1 décembre 1978, préc.

Le rôle du tribunal est particulier, sa décision constituant un acte d'administration judiciaire (103) et beaucoup de praticiens considèrent que ce formalisme est excessif et de plus sans grand intérêt (104).

299 – Le traité à forfait connaît une certaine faveur à l'heure actuelle (105) puisqu'il permet, en cas de liquidation des biens, d'assurer la sauvegarde – totale ou partielle – de l'entreprise et par voie de conséquence de nombreux emplois. Il constitue l'une des techniques curatives, si du moins le patrimoine de l'entreprise en difficulté comprend encore quelques éléments qui puissent être renfloués. Il est sans doute l'exemple extrême de la permanence de l'entreprise au travers des procédures collectives.

On rencontre, en ce domaine aussi, les problèmes posés par le transfert automatique des contrats de travail à l'acquéreur du fonds, en application de l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail (106). Le projet de loi n° 975 essaie de résoudre certaines de ces difficultés.

En plus des avantages fiscaux (107) dont la cession à forfait bénéficie, elle est utile dans le cas de l'entreprise individuelle dont le dirigeant a subi des sanctions personnelles qui interdisent la présentation d'offres concordataires.

300 – Le projet de loi n° 975 renforce le rôle joué par le syndic et permet au juge-commissaire de décider d'une vente amiable des immeubles (art. 70 du projet), en tendant à faciliter la réalisation des actifs par des moyens souples, variés et rapides. L'objectif de ses auteurs (108) consiste à éviter la dispersion des actifs qui pourraient être repris par d'autres entreprises. Le traité à forfait – que ce texte ne propose pas de modifier – constituerait un élément non négligeable de sauvetage de quelques éléments du patrimoine de l'entreprise, à côté de ces possibilités nouvelles d'une meilleure réalisation des actifs.

(103) F. Derrida, *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite*, préc., n° 161.

(104) cf. les remarques de M. Dureuil, art. préc., p. 80.

(105) cf. les appréciations citées supra n° 10.

(106) cf. supra n° 281 ; F. Derrida, *La sécurité de l'emploi et le droit des procédures collectives*, préc., n° 2, note 7 et n° 30, note 100.

(107) L'acquéreur peut fractionner le paiement des droits d'enregistrement en cinq annuités égales, à charge de constituer des garanties dans les trois mois et de verser au Trésor un intérêt égal au taux d'escompte de la Banque de France en vigueur au jour de la demande (art. 1-3° et 13 du décret n° 77-498 du 11 mai 1977, J. O. 17 mai 1977, p. 2795. D. 1977. L. 197) ; des allègements fiscaux sont possibles, sous réserve d'agrément (arrêté de 3 janvier 1979).

(108) cf. Exposé des motifs du projet de loi, p. 12.

301 – En conclusion, les procédures collectives de droit commun mettent en oeuvre, à titre provisoire ou définitif, divers moyens permettant le renfouement de l'entreprise ; elles ont une fonction curative prédominante, et l'une des causes majeures des échecs que l'on peut enregistrer tient à l'insuffisance de leur rôle préventif. C'est pourquoi, bien souvent, les techniques de concentration apparaissent plus faciles à utiliser pour parvenir au redressement durable de l'entreprise.

CHAPITRE III

LES TECHNIQUES DE CONCENTRATION

302 – Lors de l'étude des autres techniques de renflouement il a été noté qu'en raison de l'extrême gravité des difficultés rencontrées par quelques entreprises, il est souvent difficile d'éviter une liquidation pure et simple des actifs, si ce n'est grâce à une opération de cession globale ou d'absorption par une autre société. Le phénomène de concentration, considéré comme l'un des objectifs des pouvoirs publics afin de transformer et de moderniser les structures de l'industrie et du commerce français, est sans cesse présent. La poursuite de l'activité d'une entreprise peut être assurée par la constitution d'une société d'exploitation, d'une entreprise nouvelle (1), tout comme par un contrat de location-gérance assorti d'une promesse de vente (2) ou qui prépare la cession, ou encore par une absorption (3) qui permet le redressement de tout ou partie d'une unité économique par la reprise de ses actifs et de son passif, et une réorganisation

(1) cf. supra n° 228 et s.

(2) cf. supra n° 221.

(3) Il n'est pas rare que les dirigeants eux-mêmes demandent la nomination d'un administrateur provisoire afin qu'il procède à l'examen de la situation réelle de l'entreprise, en vue de faciliter une absorption déjà projetée ; cf. supra n° 202.

complète de sa production et de sa gestion. De même, le processus de concentration n'est pas étranger aux procédures de concours.

En effet, la dégradation constante de la structure des bilans rend l'entreprise plus sensible aux variations de la conjoncture, de la politique du crédit (4) ; l'absence chronique de fonds propres, en particulier dans les P. M. E. et les entreprises familiales, favorise le recours aux fusions, souvent nécessaires pour réaliser leur expansion ou remédier à leurs difficultés, du moins si l'unité d'exploitation conserve un potentiel industriel et commercial suffisants ; lorsque l'entreprise absorbée connaît de sérieuses difficultés, et se trouve dans une position qui risque de se dégrader à moyen terme, la fusion est même « dictée » par la nécessité ou la société absorbante vis-à-vis de laquelle elle peut déjà se trouver dans un état de dépendance économique.

303 – Depuis une vingtaine d'années les fusions se multiplient (5) et un régime fiscal de faveur a été institué afin d'en augmenter le nombre ; en dépit de leurs avantages dans le domaine économique, elles présentent un certain nombre de dangers pour les créanciers de la société absorbée, dont les droits doivent être maintenus, pour les salariés, qui peuvent craindre des réductions d'effectifs ou la perte d'avantages particuliers, et pour l'intérêt public, qui ne peut se satisfaire de certaines atteintes à la concurrence (6).

Tout un régime juridique particulier a été institué, qui tend à concilier ces divers intérêts, en particulier lors du vote de la loi du 24 juillet 1966 (7) et de la publication du décret d'application du 23 mars 1967 (8). Les modalités techniques des diverses formes de concentration sont importantes et varient selon qu'il s'agit d'une fusion-absorption ou d'une fusion de deux sociétés par création d'une société nouvelle. Mais, en règle générale, la fonction curative de la fusion est évidente et se traduit par la survie de l'entreprise absorbée dans un cadre différent, après dissolution

(4) cf. *supra* n° 145.

(5) cf. *supra* n° 7 ; R. Brocard, La concentration du système productif en 1975, *Economie et Statistiques* 1979, 29 ; F. Brunaud, Une liste des concentrations industrielles, *Economie et Statistiques* 1978, 79.

(6) cf. Loi du 19 juillet 1977, *préc.*, *supra* n° 7.

(7) art. 371 et s.

(8) art. 254 et s. *adde* : 3^e Directive n° 78-855 du Conseil des Communautés Européennes du 9 octobre 1978, concernant les fusions de sociétés anonymes, J. O. C.E. 20 octobre 1978, J. C. P. 1978. III 47 777, *Rev. Soc.* 1979, 145., O. Loy, La 3^e directive du Conseil des C. E. E. sur les fusions de S. A., *Rev. trim. dr. Europ.* 1980, 354.

de la personne morale. L'opération ne sera entreprise que si l'unité d'exploitation présente encore une réelle capacité de production et si son passif n'apparaît pas impossible à apurer. Ainsi, elle revêt un rôle préventif, qui peut être partiel lorsque certains éléments de l'entreprise sont liquidés alors que d'autres sont absorbés, les sommes provenant de ces cessions permettant de payer une partie du passif.

304 – L'opération d'absorption se caractérise par la disparition d'une société, par l'apport qu'elle fait à une autre de ses biens, de ses associés de ses créanciers et de ses salariés ; le patrimoine tout entier est transmis activement et passivement et la fusion s'analyse en une dissolution anticipée de la société absorbée avec apport global de son patrimoine à la société absorbante, dont le capital est augmenté à due concurrence.

La loi du 24 juillet 1966 (9) n'a prévu de droit des fusions qu'au profit des sociétés – en retenant une conception économique – et l'on a regretté et critiqué cette restriction (10). Il existe pourtant une certaine analogie entre la fusion de deux sociétés et celle réalisée entre une entreprise individuelle et une société, en particulier lorsque l'apport réalisé comprend non seulement des éléments d'actif mais aussi le passif de l'entreprise, selon des modalités convenues entre les parties (11). Mais l'apporteur ne disparaît pas dans l'opération, il conserve sa personnalité et son patrimoine, et reste tenu des dettes qu'il avait contractées.

Ainsi que l'admet expressément l'article 371 de la loi du 24 juillet 1966, une société même en liquidation peut fusionner ; si elle est soumise à une procédure de règlement judiciaire, l'opération est fréquemment prévue dans le concordat et en facilite la présentation et le vote ; en cas de suspension provisoire des poursuites il en est de même et l'on a souvent remarqué que la fusion constitue l'un des meilleurs moyens de sauvetage

(9) P. Didier, *Droit commercial*, préc., p. 681 et s. ; J. Hémard, F. Terré et P. Mabilat, *Sociétés Commerciales*, T. III, préc., n° 761 et s. ; Rép. Stés, V¹⁵ Fusion et scission, 1978, par A. Dalsace et N. Bernard ; G. Ripert et R. Roblot, *Traité élém. préc.*, T.I, n° 1 590 et s. ; M. de Juglart et B. Ippolito, *Droit commercial*, 2^e vol., 2^e éd., 1976, n° 926 et s. ; R. Rodière et B. Oppetit, *Droit commercial*, préc., n° 340 et s. ; C. Champaud, *Le pouvoir de concentration des sociétés par actions*, Bibl. de dr. com., 1962, Sirey ; D. Pène, *Valeur et regroupement des entreprises, méthodes et pratiques*, 1979, Dalloz ; G. J. Martin, *La notion de fusion*, *Rev. trim. dr. com.* 1978, 269 et s. ; la loi du 4 janvier 1978 portant réforme des sociétés et sociétés civiles a repris en grande partie les dispositions de la loi de 1966 en matière de fusions : cf. Y. Chartier, *La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978*, *J. C. P.* 1978, D, 2 917, n° 167.

(10) G. J. Martin, *art. préc.*, n° 29 et s.

(11) Com. 13 juin 1978. *Rev. Soc.* 1979, 843, note F. T. ; A Galia-Beauchesne, *Les clauses de garantie du passif dans les cessions d'actions et de parts sociales*, *Rev. Soc.* 1980, p. 27 et s.

des entreprises qui demandent à bénéficier de cette procédure (12) ; enfin, en cas de liquidation des biens, elle demeure possible, à la condition qu'elle soit autorisée par le tribunal.

Dans tous les cas, cette technique a un rôle curatif certain et le fait que l'entreprise absorbée soit en état de défaillance plus ou moins grave confère un intérêt particulier aux dispositions protectrices des salariés, des créanciers et au régime fiscal favorable qui a été institué.

I - PROTECTION DES SALARIES

305 – Les salariés peuvent faire valoir des droits individuels et des droits collectifs à l'occasion d'une opération de fusion.

Une exception légale au principe de l'effet relatif des contrats (13) a été prévue à leur profit par l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail (14) permettant, selon les termes d'une jurisprudence constante, la stabilité de leur emploi (15). Les tribunaux ont donné à ce texte une extension considérable, l'appliquant à toutes les formes de « modification de la situation juridique de l'entreprise » (16), dès lors que l'entreprise, au sens économique du terme, se poursuit (17). Une interprétation stricte de cet article autorise l'employeur à procéder à des licenciements à la veille d'une modification de la situation juridique, sous réserve qu'il n'y ait aucune faute ni surtout une collusion frauduleuse avec le nouvel employeur (18). Le maintien impératif et automatique des contrats de tra-

(12) cf. supra n° 270.

(13) G. Farjat, *Droit privé de l'économie*, T. 2, *Théorie des obligations*, 1975, P. U. F., coll. *Thémis*, p. 281.

(14) art. L. 122-12 al. 2 : « S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». I. Vacarie, *L'employeur*, préc., n° 97 et s.

(15) G. H. Camerlynck, *Identité d'entreprise ou identité d'emploi ?* (à propos d'un récent arrêt de la Cour de cassation), *D.* 1978, *Chr.* 269, n° I. N. Catala, *L'entreprise*, préc., n° 70 et s.

(16) cf. supra en cas de location-gérance, n° 281, et de traité à forfait, supra n° 299.

(17) Rép. Min. n° 1 381, *J.O. DÉb. Ass. Nat.*, 25 août 1979, p. 6884 ; *adde* : Soc. 15 février 1978, *Bull. V*, n° 105, p. 77, commentaires de G. H. Camerlynck, préc., *Gaz.-Pal.* 1979, I, J, p. 112, note de Puybusque ; Soc. 8 et 30 novembre 1978, *D.* 1979, 277, note J. Pelissier.

(18) J. J. Dupeyrou, *Un nouvel arrêt de la Cour de cassation renforce la protection des salariés en cas de cession de l'entreprise*. *Le Monde* 26 février 1974, p. 38 ; J. C. Javillier, *Droit du travail*, 1981, *L. G. D. J.*, p. 217 ; Soc. 8 juin 1979, *J. C. P.* 1979, IV, 263 ; Soc. 31 janvier 1980, *D.* 1980, 398, note F. Derrida ; cf. supra n° 281 et infra n° 331.

vail est imposé à ce dernier, et confère à son refus de conserver le salarié le caractère juridique d'une rupture avec versement des indemnités corrélatives. Il n'est pas pourtant porté atteinte au droit de résiliation unilatérale aux fins de réorganisation, souverainement décidé par l'employeur, et il devra seulement justifier ces licenciements par une cause réelle et sérieuse.

La survie de l'emploi n'est en réalité qu'un sursis. Mais depuis le vote des lois du 13 juillet 1973 et 3 janvier 1975 la nécessité de la preuve d'une cause réelle et sérieuse et l'autorisation de la Direction départementale du travail pour les licenciements ayant un motif économique (19) réduisent un peu l'inconvénient issu du droit de résiliation unilatérale du nouvel employeur. En outre la jurisprudence a décidé que ce dernier doit être déclaré solidairement responsable avec le cédant qui a pris l'initiative du licenciement « abstraction faite de toute collusion frauduleuse entre les deux sociétés » (20).

L'état de difficulté de l'entreprise absorbée peut ainsi justifier la remise en cause de la garantie de l'emploi prévue par l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du travail (21) dès lors que la réorganisation de l'entreprise pourra justifier des licenciements avant ou après le transfert de l'exploitation à la société absorbante.

306 – Aux termes de l'article L. 432-4c du Code du travail, le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, et notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs... Une fusion entre bien dans les prévisions de ce texte, mais le comité d'entreprise formule seulement des avis et des observations, sans pouvoir s'opposer à la poursuite et à la réalisation de l'opération, ni imposer des modifications aux projets qui lui sont soumis. L'accord sur la sécurité de l'emploi du 10 février 1969 signé entre les organisations syndicales accroît cependant le rôle des comités d'entreprise, qui doivent être consultés sur les projets de licenciement collectif résultant d'une décision de fusion, concentration ou restructuration d'entreprise.

(19) Soc. 3 mai 1978, D. 1978, 681, note J. Pélissier.

(20) G. Lyon-Caen et J. Pélissier, Les grands arrêts de droit du travail, 1980, Sirey, p. 284.

(21) cf. les dispositions pratiquement identiques à celles de l'article L. 122-12 al. 2 et L. 132-7 du Code du travail, prévues par la Directive Européenne n° 77-187 du 14 février 1977, Rev. trim. dr. Europ. 1977, 363. La transposition en droit français des dispositions de cette directive se heurte au problème de l'application de cet article L. 122-12 al. 2 ; les solutions envisageables ne devraient pas aboutir à créer une situation d'instabilité de l'emploi au détriment des salariés concernés (Rép. Min. n° 32 062, J. O. Déb. Ass. Nat., 10 novembre 1980, p. 4776).

La jurisprudence récente du Conseil d'Etat (22) considère que cet article fait partie intégrante de la légalité, au respect de laquelle l'administration doit veiller ; il en résulte que lorsqu'un licenciement pour motif économique est précédé d'une restructuration, l'autorité administrative est invitée à s'enquérir de la juste application de l'article L. 432-4c du Code du Travail ; de même la Chambre criminelle (23) exige l'intervention du comité d'entreprise avant le changement d'employeur, même en cas d'une transmission d'une partie du capital, qui – selon elle – équivaut dans l'ordre économique à la cession de l'entreprise (24).

Ces décisions ont ainsi insufflé au comité d'entreprise une vigueur nouvelle, mais la dernière d'entre elles rappelle que s'il a un rôle immédiat en matière économique, il reste limité puisqu'il n'est pas admis à invoquer des abus de biens sociaux des dirigeants commis à l'occasion de restructurations d'entreprises ni à demander la nomination d'un administrateur provisoire (25).

Le rôle des représentants des salariés dans le processus de fusion se trouverait notablement renforcé si la proposition de directive de la C. E. E. (26) était introduite en droit français. Cette directive prévoit en effet que « les organes chargés de l'administration de chacune des sociétés qui fusionnent établissent un rapport détaillé expliquant, pour une période d'au moins deux ans, les effets juridiques, économiques et sociaux de la fusion en ce qui concerne les travailleurs et indiquant les mesures à prendre à leur égard » (article 6 § 1). Ce rapport peut être consulté par tout travailleur, et après discussion entre les dirigeants des sociétés et les représentants des salariés, qui peuvent formuler par écrit un avis, il est porté à la connaissance de l'assemblée des actionnaires. Enfin, s'il apparaît

(22) C. E. 3 mars 1978, (Soubourou), Dr. Social 1978, 51, concl. Dondoux, D. 1978, 609, note A. Jeammaud. N. Catala, L'entreprise, préc., n° 710.

(23) Crim. 2 mars 1978, Bull. crim., n° 83, p. 215, Dr. Social 1978, 369, note J. Savatier, J. C. P. 1979, II, 19 052, note P. Salvage, Rev. Soc. 1979, 553, note B. Bouloc ; cf. les critiques de B. Oppetit, Les cessions de droits sociaux emportant transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse, Rev. Soc. 1978, 631, n° 14, et de N. Catala, L'entreprise, préc., n° 714. La Chambre criminelle a repris la même formule : Crim. 4 avril 1979, D. 1980, 125, note J. C. Bousquet, Rev. Soc. 1980, 313, note B. Bouloc.

(24) Une importante évolution jurisprudentielle s'est produite et la Chambre commerciale (28 novembre 1978, D. 1980, 23, note J. C. Bousquet) a estimé qu'une cession de contrôle revêt un caractère commercial. Sur ces questions, cf. D. Roux, La spécificité des cessions de contrôle, Rev. Soc. 1980, 49 et s. et les références citées.

(25) A. Lyon-Caen, Le comité d'entreprise et la restructuration de l'entreprise, Dr. Social 1979, n° spécial : Le chef d'entreprise et le comité d'entreprise, p. 23. cf. supra n° 203.

(26) citée supra n° 305. P. Pescatore, L'effet des directives communautaires : une tentative de démythification, D. 1980, Chr., 171.

que la fusion est de nature à porter préjudice aux intérêts des travailleurs, des négociations seraient engagées par les dirigeants en vue de conclure un accord relatif aux mesures à prendre, et à défaut d'accord chaque partie pourrait demander la médiation de l'autorité publique.

Ces propositions de renforcement des pouvoirs collectifs des salariés rejoignent les dispositions du projet de loi n° 975 qui tendent à conférer aux représentants des salariés un pouvoir consultatif sur le plan dans le cadre de la procédure de suspension provisoire des poursuites, et sur le concordat dans le règlement judiciaire, du moins pour l'aspect social des mesures de redressement (27).

II - PROTECTION DES CREANCIERS :

307 – En raison du caractère universel de la transmission du patrimoine réalisé par la fusion, les créanciers de la société absorbée deviennent ceux de la société absorbante (28). Mais ils conservent le droit d'agir contre leur débiteur, les conventions intervenues entre lui et la société absorbante lui laissant la charge d'une partie du passif leur étant inopposable. Cependant, cette substitution peut ne pas leur agréer et la loi ouvre aux créanciers une faculté d'opposition à la fusion. Les créanciers non obligataires des sociétés participant à l'opération peuvent s'adresser au Tribunal qui appréciera la situation et pourra ordonner le remboursement ou la constitution de garanties suffisantes par la société absorbante, ou rejeter leur requête. Les obligataires jouissent des mêmes pouvoirs (29) par l'intermédiaire du représentant de leur masse, sur mandat de leur assemblée générale ordinaire.

Ce pouvoir d'opposition des créanciers, même admis par le tribunal, n'empêche pas la fusion et assure seulement leur protection en permettant un paiement immédiat ou la constitution de garanties ; lorsque la société absorbée se trouve dans une situation financière difficile, la solvabilité de la société absorbante constitue une garantie pour les créanciers de la première et plutôt un risque pour ceux de la seconde.

(27) cf. supra n° 260 et 294.

(28) art. 381 de la loi du 24 juillet 1966 ; J. Hémard, F. Terré et P. Mabilat, *op. cit.*, n° 944 et s. ; Com. 17 octobre 1978, *Rev. Soc.* 1979, 846, note J. H.

(29) art. 381 bis de la loi du 24 juillet 1966 (loi du 12 juillet 1967)

III - REGIME FISCAL DES FUSIONS :

308 – Dans le but de favoriser la réalisation des fusions, considérées comme nécessaires à la modernisation de l'appareil de production, les articles 14 à 17 de la loi du 12 juillet 1965 ont institué un régime fiscal de faveur, prorogé plusieurs fois et reconduit en dernier lieu jusqu'au 31 décembre 1980 par la loi de Finances pour 1978 (29 bis).

Ce régime fiscal est le plus favorable de tous les procédés d'intégration économique, en ce qu'il permet d'éviter le paiement de droits d'enregistrement élevés, ainsi que la taxation immédiate des plus-values réalisées lors de la cession. Le régime de droit commun a pour résultat de considérer les opérations de fusion et de scission comme une dissolution de la société absorbée suivie d'une constitution ou d'une augmentation de capital de la société bénéficiaire des apports. Il en résulte l'impossibilité de reporter sur les bénéfices de la société absorbante les pertes subies antérieurement à la fusion par la société absorbée, et la soumission à l'impôt sur les sociétés du bénéfice d'exploitation de la période écoulée entre la date d'ouverture du dernier exercice social et la date de réalisation définitive de la fusion, des bénéfices des exercices antérieurs dont l'imposition avait été différée (provisions...), et des plus-values dégagées lors de l'apport-fusion, au taux de 15 % pour celles à long terme. Enfin, en matière de droits d'enregistrement, les conséquences de la fusion sont les mêmes que lors d'une constitution de société et en particulier elle est passible sur la valeur nette de l'actif de la société absorbée du droit d'apport ordinaire de 1 % ou du droit de mutation de 8,60 % et sur le passif pris en charge du droit de mutation.

Le régime de faveur est réglementé par les articles 815 à 816 A du Code général des impôts pour les droits d'enregistrement et les articles 210-A, 210-B et 210-C pour les impôts directs. En matière de droits d'enregistrement, les fusions entraînent l'exigibilité du droit d'apport de 1,20 % assis sur la différence entre la valeur de l'actif net de la société absorbée et le montant du capital de cette société ; la prime de fusion, si elle est ultérieurement incorporée au capital, voit cette incorporation s'effectuer en franchise d'impôts ; si le droit de 1,20 % n'atteignait pas 220 F., cette dernière somme serait perçue à titre de droit fixe. Enfin, il n'est dû aucun droit de mutation sur les apports à titre onéreux résultant de la prise en charge par la société absorbante du passif réel de la société absorbée.

(29 bis) P. Gastineau. Le régime fiscal des fusions et opérations assimilées, Litec. 1980.

Pour les impôts directs trois catégories d'avantages sont prévues par le régime de faveur : les plus-values nettes dégagées sur l'ensemble de l'actif immobilisé apporté ne sont pas soumises immédiatement à l'impôt sur les sociétés ; la plus-value éventuellement dégagée par la société absorbante lors de l'annulation des actions ou parts de son propre capital n'est pas non plus soumise à l'impôt sur les sociétés ; enfin l'attribution gratuite des titres représentatifs des apports aux membres de la société absorbée n'est pas considérée comme une distribution de revenus mobiliers. Mais l'administration considère que la plus-value réalisée à l'occasion de cet échange de titres peut être soumise à l'imposition de 15 % prévue à l'article 160 du Code général des impôts si la condition relative au minimum de participation de 25 % est remplie. L'imposition de cette plus-value peut cependant être étalée sur l'année de l'échange et les quatre années suivantes, si l'on respecte les prescriptions de l'article 210 A : la société absorbante doit reprendre au passif de son bilan les provisions et la réserve spéciale des plus-values à long terme figurant au passif de la société absorbée ; de même elle doit se substituer à elle pour la réintégration des plus-values à long terme dont l'imposition avait été différée ; enfin elle doit réintégrer dans les bénéfices imposables à 50 % les plus-values nettes dégagées lors de l'apport des biens amortissables apportés par la société absorbée. Toutefois, la société absorbée peut opter pour l'imposition au taux réduit de 15 % des plus-values à long terme afférant à ces éléments amortissables et le montant des plus-values à réintégrer par la société absorbante est dès lors réduit à due concurrence.

La fusion est souvent réalisée avec un effet rétroactif au premier jour de l'exercice en cours et en pareil cas le bénéfice réalisé par la société absorbée pendant l'exercice de la fusion peut être englobé dans le résultat de la société absorbante et imposé en même temps que celui-ci.

Cette règle est susceptible de jouer lorsque le résultat de la société absorbée est déficitaire, la société absorbante ayant la possibilité de retrancher de ses propres résultats les pertes subies par la société absorbée depuis la date d'effet de la fusion ; mais il faut un agrément du Ministère de l'Economie et des Finances pour reporter sur les bénéfices réalisés par elle depuis la fusion les pertes subies antérieurement par la société absorbée. Cette faculté, aux termes de l'article 209 II du Code général des impôts doit s'exercer dans les délais légaux de cinq exercices.

309 – Ces diverses incitations fiscales (30) s'ajoutant à la recherche de la protection des salariés de l'entreprise et de ses créanciers, concourent

(30) P. Puyraveau, Dix ans de droit fiscal des fusions, Dix ans de droit de l'entreprise, préc., p. 231 et s.

à favoriser la survie de l'entreprise. Le rôle curatif du droit des fusions ne peut se réaliser pleinement qu'en tentant de concilier les divers intérêts en présence : ceux de la collectivité nationale qui postulent la constitution d'unités économiques assez importantes pour faire face à la concurrence française et internationale, ceux des salariés à qui il est reconnu une certaine stabilité de leur emploi, et ceux des créanciers qui voient leurs droits garantis. Les objectifs des techniques de renflouement se trouvent ainsi satisfaits, en partie, dans le droit des fusions avec moins de difficultés que dans le cadre des autres moyens tendant à assurer le renflouement de l'entreprise.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE :

310 – L'étude de la dualité de fonctions des techniques de renflouement des entreprises en difficulté permet de constater qu'à l'extrême diversité des situations de fait correspond une gamme variée des moyens mis en oeuvre dans le cadre des procédures collectives ou en dehors d'elles. Sous la pression des nécessités économiques et sociales – et non sans de nombreuses ambiguïtés et contradictions – un certain nombre de règles du droit des sociétés, du droit du crédit et du droit des contrats subissent des infléchissements notables. Des titres nouveaux de prêts (31) et d'actions (32) ont été créés récemment afin de permettre aux entreprises de bénéficier d'apports de capitaux permanents. Les très nombreuses incitations fiscales instituées pour faciliter la reconstitution des fonds propres des entreprises, limiter leur recours systématique aux crédits bancaires, aider à la création d'entreprises nouvelles – y compris pour la « reprise » de celles qui sont en état de défaillance – ainsi que les diverses aides financières, ou l'octroi de délais et de moratoires par les pouvoirs publics traduisent la même préoccupation : il convient de préserver les entreprises qui sont encore viables ou d'éviter la dégradation de leur situation.

De même, l'importance prise par les techniques qui écartent les dirigeants de la gestion, qu'il s'agisse de l'administration provisoire ou du contrat de location-gérance, résulte du besoin de permanence de l'entreprise. Ce même objectif demeure présent constamment dans le cadre des procédures collectives, qui peuvent – au moins en théorie – faciliter le redressement de l'entreprise après une évaluation de ses chances de survie.

(31) prêts participatifs, cf. supra n° 158 et s.

(32) actions à dividende prioritaire sans droit de vote, cf. supra n° 177 et s.

Mais l'approche qui est ainsi opérée du renfouement des entreprises en difficulté reste encore bien souvent empirique, dépendante de normes qui ne s'avèrent pas toujours adaptées à l'objectif poursuivi et révélatrice de profondes contradictions dans le choix des priorités et des moyens techniques.

311 – Néanmoins, toutes les techniques utilisées pour parvenir au redressement d'une entreprise en difficulté essaient d'avoir une fonction préventive et curative. Les nombreux cas d'échec enregistrés en pratique proviennent d'une dissociation de ces deux rôles : lorsque des moyens curatifs interviennent alors que la situation de l'entreprise peut difficilement être redressée – en raison de leur caractère tardif – ou lorsqu'ils se bornent à régler le passé sans préparer l'avenir, le renfouement sera impossible ou provisoire ; de même il n'est possible de prévenir efficacement l'aggravation d'une situation donnée qu'à la double condition d'avoir une parfaite connaissance de la réalité des difficultés et d'agir immédiatement. Le titulaire du droit – voire du devoir – de prendre les mesures qui s'imposent reste le chef d'entreprise et pratiquement lui seul. Lorsque l'état de cessation des paiements se trouve réalisé, la saisine du tribunal intervient déjà trop tardivement – même depuis l'évolution récente de cette notion (33) – et les reproches d'inefficacité que l'on adresse aux procédures de concours tiennent à ce seul aspect. Quelles que soient les qualités intrinsèques des dispositions curatives de ces procédures, l'insuffisance de leur fonction préventive constitue un obstacle pratiquement insurmontable.

312 – L'impérieuse nécessité du sauvetage des entreprises qui demeurent encore viables économiquement – en totalité ou en partie – a ainsi transformé la plupart de ces techniques. Elles ne se limitent plus seulement aux aspects financiers des problèmes : on a pu voir que l'assainissement financier est devenu indissociable d'une réorganisation générale de l'entreprise dans les domaines économique et commercial et qu'il postule de nombreux licenciements. Ces véritables plans complets de renfouement, longuement et âprement négociés avec les créanciers, les bailleurs de fonds, les pouvoirs publics, voire après consultation des salariés afin qu'ils en acceptent le « coût » social, permettent de préparer efficacement l'avenir, en procédant au traitement des principales causes des difficultés. Ainsi le maintien de l'entreprise se trouve t-il réalisé en même temps que l'exigibilité du passif est différée ou son paiement assuré.

Le réalisme économique a provoqué cette mutation profonde, tout comme il explique le processus d'adaptation de nombreuses techniques

(33) cf. supra n° 38 et S.

juridiques, et les hésitations constantes du législateur en ces domaines. Les objectifs de ces mesures de renfouement doivent alors être précisés.

313 – Pendant longtemps, les objectifs de ces techniques ont été réduits à la seule satisfaction des intérêts des créanciers de l'entreprise. De nos jours, ils se sont diversifiés et ne peuvent désormais exclure ni les intérêts des salariés, ni ceux de la collectivité régionale ou nationale directement intéressés à la survie de l'entreprise.

Si l'on souhaite réformer le droit des procédures collectives, instituer un mécanisme de prévention des difficultés, améliorer les autres techniques de redressement ou simplement étudier leur régime juridique d'ensemble, il convient de déterminer au préalable quels sont leurs objectifs. On peut constater qu'ils se caractérisent par leur dualité : à celui consistant à assurer le redressement durable de l'entreprise en difficulté s'ajoute la prise en compte du respect des intérêts plus généraux de ses créanciers et de la collectivité tout entière. La dissociation de ces deux objectifs conduit ou bien à la disparition de l'entreprise, ou bien au sacrifice pur et simple de ses créanciers, ou bien encore à une distribution à fonds perdus des deniers de l'Etat.

Mais, la consécration de cette dualité d'objectifs ne manquerait pas de soulever de graves questions fondamentales relatives à l'organisation des rapports économiques et sociaux dans notre société.

DEUXIEME PARTIE :

Dualité d'objectifs des techniques de renflouement des entreprises en difficulté

« On sent toujours resurgir, sous les oscillations législatives, la vieille lutte de classes (déjà connue de l'Antiquité Grecque) entre créanciers et débiteurs. L'inflation, rendant l'argent facile et l'insolvabilité plus rare, estompe de nos jours le conflit sans l'extirper. Il est vrai que si le législateur moderne penche plutôt en faveur des débiteurs, c'est par préoccupation d'économie nationale autant que par humanité ; il lui paraît moins urgent de les faire payer que de les renflouer, pour peu qu'ils soient entrepreneurs, donc créateurs d'emplois. La même politique conduit à protéger parfois des créanciers, mais seulement par catégories sociales : tels les salariés... Une autre évolution se dessine, la socialisation de l'insolvabilité : le risque de tomber sur un débiteur insolvable est reporté sur la collectivité... »

J. CARBONNIER, Droit civil, T.4, Les Obligations, 9^e éd., 1976, n° 142.

314 - Les diverses techniques de renfloement des entreprises en difficulté ont pour premier objectif de permettre d'assurer la poursuite durable de leurs activités, en faisant appel aux dispositions des procédures collectives ou bien grâce aux nombreuses autres techniques existantes.

La double fonction préventive et curative de toutes ces techniques de redressement se réalise au moyen d'un assainissement financier et d'une réorganisation économique. Les procédures de concours elles-mêmes, attachées à la prévention de la récidive et à la sauvegarde des intérêts des créanciers, ont progressivement retenu une conception économique de leur rôle, et un constat identique peut être formulé à propos des autres moyens utilisés par la pratique : la recherche d'une efficacité ponctuelle ou partielle a laissé place à des solutions plus globales, à de véritables plans de redressement, embrassant les aspects économiques et sociaux en plus des seuls éléments financiers.

Une fois que la situation a été clairement analysée, des mesures durables et efficaces sont prises afin de porter remède à ces difficultés, en traitant les causes principales, et il est alors possible d'assurer la pérennité de l'entreprise.

La survie d'une unité d'exploitation qui demeure encore viable économiquement, quels que soient les moyens mis en oeuvre pour y parvenir, ne peut cependant être isolée de son contexte plus général. Ses aptitudes intrinsèques au redressement sont insuffisantes et nécessitent la prise en considération d'autres intérêts. Il s'agit de ceux des salariés espérant conserver leurs emplois, des créanciers dans l'attente du paiement, des fournisseurs désirant maintenir un courant d'échange souvent indispensable à leur propre existence, et aussi de ceux plus généraux de la collectivité régionale ou nationale. Il n'est en effet pas indifférent à l'ensemble de l'activité économique d'un pays qu'un secteur ou une entreprise importante disparaisse; et qu'aux troubles en matière économique s'ajoutent des difficultés dans le domaine de l'emploi et de graves déséquilibres entre les régions.

Le principe du libéralisme économique absolu pourrait, dans certains cas, se trouver en contradiction avec l'intérêt général, et les pouvoirs publics ont depuis longtemps considéré que certaines aides financières peuvent être une « des plus sages dépenses de l'Etat » (1).

Ces divers « impératifs » économiques, sociaux et parfois même politiques, rendent impossible toute dissociation entre l'ensemble de ces intérêts généraux et le sort de l'entreprise en difficulté.

315 - Le second objectif des diverses techniques de renfloement consiste à satisfaire ces intérêts économiques et sociaux généraux que sont ceux des créanciers de l'entreprise et ceux de la collectivité régionale et natio-

(1) Necker, cité par D. H. Scheuing, Les aides financières publiques, coll. l'Administration nouvelle, Berger-Levrault, 1974, p. 36.

nale. Il demeure illusoire de soutenir artificiellement une entreprise qui n'est pas viable économiquement, ainsi qu'on l'a fait parfois à l'aide de fonds publics afin d'éviter une crise sociale, à moins de procéder à une transformation totale et une réorganisation profonde ; il est de même contraire à l'intérêt général de voir disparaître certaines entreprises qui représentent un potentiel industriel, commercial et humain, faute d'avoir pris à temps les mesures financières et économiques qui s'imposaient.

L'interdépendance entre l'entreprise et son milieu, si souvent relevée par les économistes, se traduit de nos jours dans le domaine juridique. Les techniques de renflouement poursuivent ce double objectif d'assurer la survie de l'unité économique, avec le maintien des emplois qu'elle assure, et de rendre compatible ce redressement avec l'environnement proche et lointain de l'entreprise.

L'hétérogénéité des intérêts mis en cause, leurs oppositions, tout comme les insuffisances du droit positif dans le domaine des prérogatives des salariés en matière de contrôle de la gestion, et dans celui de la responsabilité des pouvoirs publics à propos des aides financières, ne facilitent pas l'étude de ces objectifs.

Il est cependant indispensable de montrer que les nombreuses techniques de renflouement des entreprises en difficulté tentent de concilier ces deux séries d'objectifs. La permanence de l'entreprise, dans ses éléments économiques et sociaux, ne peut être séparée de la sauvegarde d'intérêts « publics » tels que ceux de ses créanciers et de la collectivité locale ou nationale. Les sacrifices financiers demandés aux créanciers – étudiés collectivement – et l'octroi d'aides publiques doivent non seulement se mesurer à leurs intérêts collectifs, et rester conformes à ces mêmes intérêts, mais aussi trouver leurs limites dans la possibilité de survie de l'entreprise. Dès lors que l'on dissocie ces deux objectifs – la permanence de l'entreprise et le respect de ces intérêts publics – ou bien la pérennité de l'entreprise s'opère au détriment des seconds, ou bien une vision à trop court terme la condamne à disparaître.

L'étude du droit positif permet de constater à quel point il est difficile de concilier ces deux séries d'intérêts et de mettre en lumière l'extrême ambiguïté des dispositions existantes. **De lege ferenda** il s'avère indispensable d'avoir conscience de cette dualité d'objectifs des techniques de renflouement afin de mettre en oeuvre les moyens propres à en assurer la réalisation.

Une telle perspective nécessite l'instauration d'un véritable droit économique qui viendrait se substituer à l'ensemble des règles actuelles ; et bien que les actuels projets de réforme ne s'orientent guère dans cette direction, il demeure utile d'analyser toutes les conséquences futures des évolutions actuelles.

316 - Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté ont pour objectifs d'assurer **la permanence de l'entreprise (Titre I)** et dans le même temps **la protection d'intérêts « publics » (Titre II)**.

TITRE I

La permanence de l'entreprise

317 - Le terme d'entreprise est constamment utilisé, aussi bien dans le domaine économique que dans le domaine juridique, avec des significations variées et souvent imprécises. De nombreux auteurs ont tenté de préciser ce concept (2) que ce soit pour en nier l'existence ou en souhaiter la consécration, ou encore pour proposer la réforme de l'entreprise.

La théorie classique, à fondement patrimonial et contractuel, selon laquelle la vie de l'entreprise se réduit à l'exercice par l'entrepreneur des droits qu'il tient de la propriété et du contrat, reste toujours d'actualité. Le pouvoir de direction économique provient de la propriété des moyens de production, ce qui justifie le pouvoir de gestion discrétionnaire de l'entreprise par son ou ses propriétaires, qui s'en réservent seuls le profit et peuvent procéder au congédiement des salariés en vertu du droit de résiliation unilatérale inhérent au contrat de travail à durée indéterminée. L'entreprise constitue ainsi un ensemble de biens et de valeurs réunis par l'entrepreneur pour la satisfaction d'un marché : c'est une universalité de fait, plus étendue que le fonds de commerce, puisqu'elle comprend, en plus des éléments du fonds, les contrats de travail passés entre le propriétaire et les salariés.

(2) Ripert et R. Roblot, *Traité élém., préc.*, T. I., n°358 ; P. Didier, *op. cit.*, T. I., p. 229 ; M. de Juglart, B. Ippolito, *Droit commercial*, 1er vol., 3^eédit, 1979, par E. du Pontavice et J. Dupichot, *Montchrestien*, n° 87-9 et s. ; G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L. G. D. J., 1951 ; M. Despax, *L'entreprise et le droit*, L. G. D. J., 1956 ; F. Bloch-Lainé, *Pour une réforme de l'entreprise*, Seuil, 1963 ; P. Didier, *Esquisse de la notion d'entreprise*, *Mélanges P. Voirin*, L. G. D. J., 1967, p. 209 ; Y. Lambert-Faivre, *L'entreprise et ses formes juridiques*, *Rev. trim. dr. com.* 1968, 907 ; G. Lambert, *Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise*, *Etudes P. Kayser*, T. II, 1979, 77 ; D. Ledouble, *L'entreprise et le contrat*, *préf. C. Champaud*, *Bibl. de droit de l'entreprise*, *Lib. Techn.*, 1980, n°1 et s. ; N. Catala, *L'entreprise*, *Dalloz*, 1980, n°123 et s.

Selon une deuxième conception, proposée par Paul Durand (3), l'entreprise, fondée sur une évidente solidarité d'intérêts, constitue une communauté organisée et hiérarchisée, dont les membres collaborent sous l'autorité naturelle de son chef. Cette analyse institutionnelle et communautaire présente l'entreprise comme une société hiérarchique, orientée vers le bien commun de tous ses membres et dont les salariés sont associés à l'organisation sans disposer de pouvoir de décision. Cette finalité supérieure de l'entreprise conditionne et limite les pouvoirs fonctionnels dévolus à son chef.

Si la jurisprudence retient en général la première conception, elle a recours à la théorie de l'abus du droit pour en limiter les effets jugés néfastes, influencée quelque peu par la conception institutionnelle. La doctrine reste divisée sur cette question : certains auteurs demeurent attachés à la pensée de P. Durand, d'autres à celle des auteurs classiques, et enfin, plus récemment on a dénoncé cette « pseudo-doctrine » de l'entreprise en relevant qu'elle n'a pour objet que de justifier le pouvoir patronal et de fonder en droit l'exploitation de l'homme par l'homme (4). Ce débat déjà ancien entre les thèses en présence s'est trouvé enrichi par les propositions de réforme de l'entreprise, grâce aux importants travaux de M. F. Bloch-Lainé en 1963 (5) et plus récemment du Comité d'étude présidé par M. P. Sudreau, en 1975 (6).

Il est ainsi proposé – entre autres mesures – d'innover en accordant aux salariés une place nouvelle, en fixant un statut du capital, un gouvernement de l'entreprise et en instituant une magistrature économique et sociale. « Si l'entreprise, ce microcosme de la vie collective, connaît des malaises, des troubles, c'est bien parce que son « organisation » au sens le plus large, telle que conçue et mise en œuvre en majeure partie au siècle dernier, n'est plus conforme aux aspirations, aux besoins des hommes qui la composent, du fait de changements qui n'ont pas attendu qu'on les provoque pour se produire » (7).

Reprenant pour partie ces idées, le Rapport rédigé sous la présidence

(3) P. Durand, La notion juridique de l'entreprise, Travaux de l'Association H. Capitant, 1947, T. 3, p. 45 ; Traité de droit du travail, Dalloz, T. I, 1947, n° 338 et s.

(4) G. et A. Lyon-Caen, La « doctrine » de l'entreprise, Dix ans de droit de l'entreprise, préc., p. 599 ; en sens opposé : N. Jacob, La contestation de l'entreprise, Etudes P. Azard, préc., p. 137 et s.

(5) Pour une réforme de l'entreprise, préc.

(6) La réforme de l'entreprise, rapport préc.

(7) F. Bloch-Lainé, L'entreprise dans les mutations de l'économie. Position du problème, Etudes P. Azard, préc., p. 27, n°2.

de M.P. Sudreau contient de très nombreuses propositions tendant à la fois à des modifications des structures juridiques, des relations sociales dans l'entreprise, et proposant une participation financière des salariés au capital.

Ces projets n'ont pas encore connu leur consécration en droit positif (8) et il est tout au plus question d'instituer une «société unipersonnelle» (9) ou «entreprise personnelle à responsabilité limitée» (10), en transgressant la règle fondamentale de l'unité du patrimoine et en créant un véritable patrimoine d'affectation. Ainsi l'on pourrait passer de «l'entreprise-objet» à «l'entreprise-sujet», et opérer une distinction entre le patrimoine affecté à l'entreprise, celui disponible pour elle et enfin celui à caractère familial indisponible et insaisissable (11).

Cette nouvelle proposition, dont on sait qu'elle est vivement souhaitée par les praticiens, ne serait-ce qu'en raison de l'actuel régime fiscal et social du gérant de la S.A.R.L. (12), tendant à accorder le droit au fait, permettrait peut-être de préciser la notion d'entreprise.

Mais pour l'heure, il faut admettre que la «naissance de l'entreprise à l'être juridique» (13) n'est sans doute pas prochaine. Il faudrait opérer des

(8) cf. une approche très intéressante de la réforme de l'entreprise : A. Crouzet, *Structure et pouvoir dans l'entreprise*, préf. P. Reuter, Les éditions du Pont d'Arc, Collection l'entreprise source de savoir, 1979, p. 300 et s. Pour cet auteur la réforme de l'entreprise consiste « en une réforme des relations existant entre des structures juridiques et des structures de management et comporte une absorption de certains principes d'Organisation par la structure juridique dans le but d'accroître l'efficacité de l'entreprise, notamment vis-à-vis des fournisseurs et des clients... avec ou sans l'intervention du personnel. ».

(9) J. P. Sortais, *La société unipersonnelle*, Mélanges D. Bastian, préc., T. I., p. 325 ; J. Boulez, *Essai sur l'entreprise individuelle, la société unipersonnelle*, thèse, dactyl., Lyon, 1974 ; D. Alibert, *A la recherche d'une structure juridique pour l'entreprise individuelle*, Dix ans de droit de l'entreprise, préc., p. 63 ; J. C. Gourgues, *L'entreprise individuelle à responsabilité limitée*, J. C. P. 1980, éd. C. I., 13 258 ; *L'entreprise personnelle*, Expériences européennes, sous la dir. de A. Sayag et C. Jauffret-Spinosi ; Conférence-débat de l'Association des élèves et diplômés de l'Institut de Droit des Affaires de l'Université de Paris II, Paris, 8 avril 1980 : *La société unipersonnelle en France et dans les Etats membres des communautés européennes*, compte-rendu : Rev. Soc. 1980, p. 636 ; Rép. Min. n° 22 851, J. O. Déb. Ass. Nat. 4 février 1980, p. 428, Rev. Soc. 1980, p. 586.

(10) *L'entreprise personnelle à responsabilité limitée*, Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'E. P. R. L. dans le droit français, par C. Champaud, Rev. trim. dr. com. 1979, p. 579 et s.

(11) *ibid.*, n°38.

(12) voir par exemple les débats à l'occasion du vote du Budget du Ministère du travail et de la participation, séance du 27 octobre 1980, J. O. Déb. Ass. Nat., 28 octobre 1980, p. 3 133.

(13) XV^e Congrès de l'Union Internationale du Notariat Latin, *L'entreprise et le droit*, Paris 19-26 mai 1979, compte-rendu à la Rev. Soc., 1980, p. 634.

transformations profondes de notre système social, en réglant au préalable la question des rapports – au sein d'une même entité – entre des éléments aussi différents que les droits des propriétaires du capital, les droits des salariés et le régime des biens (14). Le gouvernement et le législateur s'orientent seulement vers la promotion de la place du conjoint de l'exploitant individuel, ou dans le cadre d'une société (15) et ont amélioré le système des attributions préférentielles dans le droit des successions (16).

318 - Ces ambiguïtés et contradictions sont particulièrement nettes dans le domaine des techniques de renflouement des entreprises en difficulté. Dès lors que se pose la question de la survie de cette entité, la détermination des droits et des devoirs des dirigeants, des pouvoirs des salariés et du rôle du tribunal apparaît clairement.

Le droit positif demeure attaché à une conception patrimoniale et contractuelle de l'entreprise qui ne trouve sa limite que dans l'accroissement des pouvoirs de magistrature économique reconnus aux juridictions, dans les projets tendant à mettre en place des mécanismes d'alerte et dans l'octroi de certains pouvoirs aux salariés. L'absence d'une politique juridique claire en la matière permet de comprendre ces hésitations et rend nécessaire une réflexion sur ces sujets.

L'objectif premier des diverses techniques de renflouement des entreprises en difficulté consiste à assurer la permanence de l'entreprise par la protection de son unité économique et de son unité sociale, tout en restant indissociable de l'objectif de la satisfaction d'intérêts plus généraux.

(14) N. Catala, *op.cit.*, n° 147.

(15) voir par exemple le vote en première lecture par le Sénat, le 11 décembre 1980, d'un projet de loi relatif à la participation des époux à une même société et à la transmission des entreprises à caractère familial. Ce projet, en application de la Charte de l'artisanat, tend à résoudre les difficultés juridiques liées à la participation de deux époux à une même société, à consacrer le rôle du conjoint au sein de l'entreprise familiale et à faciliter la transmission des petites et moyennes entreprises au sein de la famille (J.O. Déb. Sénat, 12 décembre 1980, 6217, et Rapport E. Dailly, Sénat, n° 157).

(16) Loi n° 80-502 du 4 juillet 1980, J. C. P. 1980, III, 50101 et 50158 ; M. Dagot, *Retouches 1980 au droit des partages successoraux* (incidence de la loi du 4 juillet 1980 d'orientation agricole sur le Droit des successions), J. C. P. 1980, D, 3000.

CHAPITRE I

LA PROTECTION DE L'UNITE ECONOMIQUE

319 - Les techniques juridiques permettant le redressement d'une entreprise défaillante, en mettant en œuvre leur fonction préventive ou curative, ou les deux à la fois, correspondent aux hypothèses dans lesquelles l'unité économique peut encore être renflouée. De toute évidence, le choix qu'il convient de faire entre les divers moyens permettant de réaliser cet objectif dépend de la gravité de la situation financière ainsi que des possibilités de redressement de l'outil de production.

Une telle appréciation des chances de rétablissement durable de cette unité économique devrait pouvoir être faite objectivement, en fonction de ses capacités intrinsèques et des appuis qu'elle peut obtenir de la part de ses créanciers – allègement de la charge du passif, délais de paiement... – ou même des fournisseurs de crédits à long terme. Dans le cadre des procédures collectives, le principe nouveau de la distinction entre le sort de l'entreprise et celui de ses dirigeants aurait dû favoriser la réussite de ce type d'analyse et développer une appréciation objective. En réalité, malgré les limitations qui ont été apportées, dans certains domaines, au pouvoir discrétionnaire du chef d'entreprise, et l'accroissement du rôle des tribunaux, l'entreprise – même lorsqu'elle est organisée sous la forme de société commerciale – ne peut être dissociée de son ou de ses dirigeants et le degré de confiance qu'ils inspirent, la gravité de leurs fautes et erreurs passées ont des incidences directes sur la survie de l'unité économique de production.

A une appréciation objective de ses intérêts s'ajoute ainsi une appréciation subjective des possibilités de son renflouement, qui est de nature à réduire considérablement l'efficacité des mesures envisagées ou décidées. La permanence de l'entreprise, qui constitue l'un des objectifs des techniques et procédures de redressement, demeure encore trop souvent dépendante de la personnalité de ses dirigeants.

SECTION I - L'APPRECIATION OBJECTIVE DES INTERÊTS DE L'UNITE ECONOMIQUE :

320 - La liberté d'entreprendre comporte le risque de l'échec, et dans un système économique libéral la décision initiale tout comme celle consistant à prendre l'initiative de la recherche d'un redressement d'une situation périlleuse appartient au dirigeant de l'entreprise investi de cette mission par les apporteurs de capitaux. Les limites apportées à ce pouvoir discrétionnaire tiennent à l'obligation de déposer le bilan lorsque la situation financière révèle l'état de cessation des paiements, dans les quinze jours, ou à une assignation des créanciers tendant à l'ouverture d'une procédure collective.

Il appartient ainsi aux responsables de l'entreprise de choisir parmi les nombreuses techniques de renfouement celle qui leur paraît la mieux adaptée à la situation réelle. Il peut s'agir d'une réorganisation de leurs services, de mesures financières, de la négociation d'accords amiables avec leurs créanciers, d'opérations de concentration ou encore de décisions de licenciement d'une partie du personnel.

Cependant, le droit des sociétés commerciales soumet ces décisions à un certain nombre de contrôles de la part des actionnaires, du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, suivant les cas. Il existe aussi dans le domaine du contrôle de la gestion une mission importante dévolue aux commissaires aux comptes, et la possibilité d'une expertise de minorité.

A ce schéma bien connu du droit issu de la réforme de 1966 s'est ajoutée la possibilité de faire nommer en justice un administrateur provisoire, en invoquant l'opposition entre certaines décisions et l'intérêt social (1) ou bien dans l'hypothèse de conflits graves entre les organes sociaux. L'extension récente de cette institution apporte une atténuation importante à l'absolutisme des pouvoirs du chef d'entreprise, en permettant de le dessaisir de la gestion immédiate et de confier à un mandataire de justice les pouvoirs nécessaires pour rechercher les solutions les mieux adaptées à la situation. On a cependant déjà remarqué que la jurisprudence en ce domaine n'accepte de mettre en cause le pouvoir du chef d'entreprise que dans des hypothèses d'une réelle gravité.

La préoccupation récente, et nouvelle, de vouloir tenter de prévenir les difficultés des entreprises a conduit les auteurs du Rapport Sudreau à proposer un droit d'intervention au profit de certaines catégories de personnes et à des conditions bien précises (2). Les actionnaires représentant au moins dix pour cent du capital, les administrateurs minoritaires réu-

(1) cf. supra n° 190 et s.

(2) op. cit., p. 135 et s.

nissant au moins un tiers des membres du conseil d'administration, le comité d'entreprise sur résolution en ce sens votée par les deux-tiers de ses membres, le commissaire aux comptes et les créanciers représentant au moins quinze pour cent du passif, pourraient adresser aux dirigeants une demande d'explication et, à défaut de réponse ou si elle est jugée insuffisante, pourraient former un recours auprès du Président du tribunal de commerce. Ce projet mettait ainsi directement en cause la liberté de décision du chef d'entreprise, mais seulement lorsque des signes manifestes et concordants de difficultés importantes apparaîtraient (3). Ce Rapport tendait ainsi à permettre une intervention de certaines catégories de personnes intéressées directement à la bonne marche de l'entreprise sans attendre le bon vouloir de ses dirigeants et, avec une certaine cohérence, dressait une liste indicative des critères objectifs permettant la mise en œuvre de ce droit d'alerte.

On sait déjà que les projets de loi déposés par le Gouvernement après la publication du Rapport Sudreau, et en particulier le projet de loi n° 974 (4), n'ont pas repris l'intégralité de ces propositions. Il n'est accordé aux actionnaires minoritaires et au comité d'entreprise qu'un simple droit d'interpellation des dirigeants, sans suite judiciaire, et seul le commissaire aux comptes, après avoir vainement tenté de convaincre les dirigeants de prendre les mesures nécessaires pour enrayer une évolution préoccupante, pourrait informer le Président du tribunal de commerce. Tout en les modifiant quelque peu, les indices objectifs permettant l'exercice de ces droits sont maintenus.

321 - Les tribunaux, en particulier dans le cadre de l'application des procédures collectives, ont vu se développer leurs pouvoirs traditionnels et tentent de procéder à une analyse objective de la situation des entreprises lorsqu'ils sont saisis de leurs difficultés.

Le pouvoir de magistrature économique (5) dévolu aux juridictions de plus en plus souvent par le législateur contemporain, les conduit à rechercher les moyens permettant la permanence de l'entreprise. L'objectif de la survie de l'unité économique est essentiel aussi bien lors de l'admission du plan de redressement et d'apurement du passif dans la suspension provisoire des poursuites (6) qu'à l'occasion de l'homologation d'un

(3) cf. supra n° 51 et s. la liste de ces indices.

(4) cf. supra n° 53 l'analyse de ces projets de loi.

(5) B. Mercadal et P. Gulphe, *Magistrature et droit des affaires*, Dix ans de droit de l'entreprise, préc., p. 1 037 ; R. Perrot, *Le rôle du juge dans la société moderne*, Gaz. - Pal. 1 977, D. p. 91.

(6) cf. supra n° 253.

concordat sérieux et conforme à l'intérêt public (7). Il en est de même lorsque le tribunal nomme un administrateur provisoire ou autorise ce dernier à conclure certains contrats comme celui de location-gérance (8) ou à l'occasion d'un traité à forfait (9).

Les magistrats détiennent un pouvoir de tutelle judiciaire (10) sur les entreprises, en appréciant des données économiques et en ne se limitant pas à l'arbitrage de relations conventionnelles, plus particulièrement depuis la loi et l'ordonnance de 1967.

Le Président du tribunal de commerce apparaît même comme l'organe le mieux placé pour prendre des initiatives permettant une détection précoce des difficultés et préconiser des solutions sérieuses. Il était d'ailleurs considéré, dans le Rapport Sudreau, comme le recours normal en cas de révélation de certains indices de la prochaine défaillance (11) et, dès avant 1975, plusieurs Présidents de ces tribunaux avaient accepté de se charger d'une mission de conseil, à la fois discrète et efficace, en particulier à l'occasion de la conclusion de concordats amiables (12). On peut estimer, **de lege ferenda**, qu'il constitue sans doute l'un des organes les plus utiles et adéquats dans le cadre d'une politique réelle de prévention des difficultés des entreprises.

Cet accroissement des missions juridictionnelles et gracieuses des tribunaux de commerce et de leurs présidents, que l'on a souvent relevé pour les juridictions de droit commun, ne manquerait pas cependant de soulever la question des conditions de leur saisine. Des critères objectifs sont nécessaires et le législateur s'oriente vers l'admission du système des indices significatifs des difficultés de l'entreprise (13). Il convient seulement de rappeler qu'une exacte connaissance de l'état réel de défaillance ne peut à elle seule assurer l'obligation pour le chef d'entreprise de prendre les décisions indispensables et qu'un droit d'intervention au profit de certaines catégories de personnes doit être reconnu.

(7) cf. supra n° 287.

(8) cf. supra n° 219.

(9) cf. supra n° 297 et s.

(10) D. Martin, Le diagnostic d'entreprise, critère de responsabilité judiciaire, Rev. trim. dr. com. 1979, 187.

(11) cf. supra n° 51 et s.

(12) cf. supra n° 140 et Annexes.

(13) cf. supra n° 53.

322 - Le caractère absolu du pouvoir du chef d'entreprise en présence de difficultés sérieuses se trouve ainsi limité et, à défaut de prévoir l'institution d'un droit économique qui prendrait appui sur une nouvelle définition des rapports dans l'entreprise, et de juridictions adaptées à cette nouvelle mission, on peut penser que le droit intermédiaire qui pourrait voir le jour prochainement, retiendrait des critères objectifs d'une immixtion des tiers et des tribunaux dans la gestion de l'entreprise. Le passage d'une conception à une autre pourrait ainsi s'effectuer progressivement.

Le droit positif, ainsi que la pratique judiciaire, restent encore assez éloignés de ces visions futuristes, et l'appréciation objective qui est faite des probabilités de redressement de l'unité économique, tout comme du choix des moyens les mieux adaptés à cet effet, tient compte des intérêts des salariés et de l'environnement proche et lointain. Elle demeure encore dans une étroite dépendance d'autres considérations, caractérisées par leur subjectivité.

SECTION 2 - L'APPRECIATION SUBJECTIVE DES INTERÊTS DE L'UNITE ECONOMIQUE

323 - A l'occasion de l'application des techniques de renflouement d'origine contractuelle, la bonne foi du débiteur et le crédit dont il peut encore bénéficier ont un rôle déterminant. Il s'y ajoute fréquemment les sûretés qu'il est en mesure de consentir aux bailleurs de fonds éventuels. L'octroi de délais de paiement ou de crédits, la conclusion d'un pacte amiable, l'émission d'un emprunt obligataire ou toute autre mesure tiennent compte à la fois du potentiel industriel et commercial de l'entreprise et de la confiance que l'on peut légitimement accorder à ses dirigeants. Il est certain que la personnalité du chef d'entreprise, son passé commercial, tout autant que la gravité de la défaillance, la probabilité du redressement et la valeur de l'équipe dirigeante ou de commercialisation figurent parmi les éléments essentiels de la décision du créancier sollicité ou du banquier. La conclusion d'un contrat de location-gérance n'est même suggérée, dans certains cas, qu'afin d'évincer de la gestion de l'entreprise des dirigeants qui n'inspirent plus la confiance nécessaire (14). Dans d'autres hypothèses une opération de concentration peut avoir un objectif identique.

Pour les mêmes raisons, la plupart des techniques de renflouement – en dehors du cas des procédures collectives – se sont transformées progressivement en opérations plus générales de redressement de tous les élé-

(14) cf. supra n° 207 et s.

ments de l'entreprise, grâce à de véritables plans économiques et financiers, dans le cadre desquels on peut voir figurer l'éviction ou la mise à l'écart de certains dirigeants.

Les procédures de concours, renouvelées en 1967 en prenant appui sur le principe fondamental de la distinction entre le sort des hommes et celui de l'entreprise (15), n'échappent pas non plus à une appréciation subjective des intérêts de l'entreprise. En effet, il est admis que l'option exercée entre le règlement judiciaire et la liquidation des biens dépende désormais de l'aptitude des dirigeants à proposer un concordat sérieux. Le tribunal peut d'ailleurs prévoir l'éviction forcée des dirigeants, qui s'apparente à une véritable expropriation pour cause d'utilité privée (16) et, en reprenant la même disposition, le projet de loi n°975 tend à introduire en cas de suspension provisoire des poursuites la possibilité d'enjoindre aux dirigeants évincés de céder leurs parts sociales ou leurs actions (17) si une telle mesure est rendue nécessaire pour la bonne exécution du plan de redressement. Dans ces procédures de concours on retrouve une influence très nette de considérations subjectives. Le tribunal peut, en effet, refuser d'homologuer un concordat en tirant argument de l'intérêt public, si le comportement du débiteur est révélateur de son inaptitude à l'exécuter ou si ses fautes antérieures peuvent faire douter de sa moralité commerciale (18). Il doit surtout prononcer la liquidation des biens lorsqu'un entrepreneur individuel subit les sanctions de la faillite personnelle et qu'il se trouve de ce fait dans l'impossibilité de déposer des propositions concordataires. On peut remarquer cependant que, dans cette hypothèse, le besoin d'assurer la survie de l'entreprise pour des raisons économiques et sociales conduit à avoir recours au contrat de location-gérance (19), lui-même fréquemment suivi d'une cession à forfait (20).

De même, en conséquence des fautes des dirigeants de droit ou de fait, l'action en comblement du passif (21) tend non seulement à réprimer ces fautes mais aussi à réparer le préjudice subi par l'entreprise.

(15) cf. supra n° 274.

(16) art. 111 al. 2 de la loi du 13 juillet 1967. Il est regrettable qu'aucune statistique ne soit établie à propos de cette sanction particulière.

(17) cf. supra n° 264.

(18) cf. supra n° 290.

(19) cf. supra n° 276.

(20) cf. supra n° 297.

(21) art. 99 de la loi du 13 juillet 1967 ; cf. les statistiques de son application, supra n° 6 et in-
(voir suite de la note à la page suivante)

324 - En 1956, un auteur relevait que « c'est par mille fibres que l'entreprise est encore retenue à la personnalité de l'entrepreneur » (22). La formule demeure de nos jours en grande partie exacte. La loi du 13 juillet 1967 a certes introduit dans le droit des procédures collectives une distinction fondamentale entre le sort des hommes et celui de l'entreprise, mais cette dissociation trouve sa limite non seulement dans le cas de l'entrepreneur individuel mais aussi dans celui des personnes morales. La protection et la survie de l'unité économique ne sont assurées par l'une quelconque des techniques de renfloement qu'en tenant largement compte de la conduite personnelle du chef d'entreprise. Un « capital de confiance » est indispensable et il a déjà été largement entamé par les résultats défectueux de la gestion passée.

Le redressement d'une entreprise en difficulté est ainsi, le plus souvent, tributaire de cette appréciation subjective portée sur les responsables de la direction de l'unité économique et l'on constate qu'il est bien vrai qu'une entreprise ne se développe qu'en produisant des biens ou des services adaptés au marché et à la condition de disposer d'une équipe de direction compétente et efficace. Dès lors le succès de techniques telles que la location-gérance, la constitution d'une société d'exploitation, la cession à forfait ou encore l'absorption pure et simple résulte de cette constatation.

Les techniques de renfloement des entreprises en difficulté, dont l'objectif premier consiste à assurer la permanence de l'unité économique, devraient pouvoir permettre – dans les hypothèses de nécessité – de favoriser l'éviction des dirigeants inaptes ou incompetents, dans l'intérêt bien compris de la collectivité nationale et des salariés.

Une telle solution, déjà admise à titre exceptionnel dans le cadre des procédures collectives, ne manquerait pas de soulever de nombreux problèmes pour les autres techniques de renfloement. Il faudrait préciser les conditions de sa mise en œuvre, et de ce fait limiter le caractère discrétionnaire.

(suite de la note de la page précédente)

fra, Annexes. Pour la jurisprudence récente, cf. Com. 6 février 1979, D. 1979, I. R., 368, obs. F. Derrida et Rev. Soc. 1980, 126, note J. P. Sortais ; Trib. Com. Pontoise 26 janvier 1979, D. 1979, 457, note F. Derrida ; cf. infra n° 347 à propos de l'exécution du privilège du Trésor sur les sommes versées en application de l'article 99 ; Rép. Min. n° 23 692, J. O. Déb. Ass. Nat., 3 mars 1980, p. 876 : le Ministre de la Justice confirme que le gouvernement n'a pas l'intention de modifier ni les conditions d'application, ni la procédure de l'article 99, en relevant notamment que les « applications récentes de l'action en comblement du passif n'ont pas relevé d'abus, ni confirmé les craintes que certains milieux entretiennent au sujet de cette procédure ». « Les tribunaux ne se contentent pas, pour retenir la responsabilité des dirigeants, de constater que la preuve d'un comportement diligent n'a pas été rapportée ; ils recherchent et établissent des fautes effectivement commises qui sont la cause de la cessation des paiements de la personne morale et de son insuffisance d'actif ».

(22) M. Despax, *L'entreprise et le droit*, préc., p. 386.

tionnaire du pouvoir du chef d'entreprise, investi de cette autorité par les apporteurs de capitaux.

Moins radical dans ses effets le recours aux moyens de nature à prévenir l'aggravation des difficultés serait sans doute plus efficace. Mais il a déjà été relevé que le déclenchement de mesures d'alarme n'est utile qu'à la condition d'être suivi de techniques curatives et que l'on aboutit ainsi à un véritable contrôle du pouvoir du chef d'entreprise, en particulier par les salariés.

Le second aspect de l'objectif de permanence de l'entreprise qui caractérise les techniques de renfloement tend à la protection de l'unité sociale.

CHAPITRE II

LA PROTECTION DE L'UNITE SOCIALE

325 - L'unité sociale de l'entreprise apparaît particulièrement menacée lorsque surviennent des difficultés sérieuses. La réorganisation des modes de production et de gestion, la fermeture d'une unité d'exploitation non rentable, ainsi que les remaniements opérés au sein de l'équipe de direction et de l'encadrement, provoquent le plus souvent de nombreux licenciements, et par voie de conséquence une véritable « crise sociale ». La crainte de troubles graves est même parfois alléguée pour tenter de justifier le retard apporté par les dirigeants au dépôt du bilan. L'importance du passif constaté dans le cadre des procédures de concours atteste de l'extrême gravité de la situation financière, et cet état de crise ne peut être surmonté sans imposer de lourds sacrifices en matière d'emploi.

Le droit positif, attaché à la conception classique de l'entreprise (1), considère seulement que les salariés sont des créanciers d'un type particulier, en raison du caractère alimentaire de leurs créances. Toute l'évolution législative a ainsi consisté à réduire les conséquences de la crise, en assurant le paiement des salaires qui restent dus, en réglementant les modes de licenciements et en améliorant le montant des prestations de chômage. Mais la faiblesse chronique des actifs subsistants lors de l'ouverture des procédures collectives a conduit à instituer un système d'assurance légale obligatoire pour garantir le versement aux salariés d'une partie de leurs créances, puisque leur rang privilégié ne suffit pas toujours à les remplir de leurs droits.

Dans le même temps la question des droits des salariés a été posée, et des propositions récentes (2) tendent à leur accorder un droit d'alerte ou

(1) cf. supra n° 317.

(2) cf. Rapport Sudreau et projet de loi n° 974, préc.

un droit d'interpellation qui leur permettraient d'avoir un rôle de prévention de l'aggravation des difficultés.

Il s'est en effet produit, à une époque assez récente, que l'on peut fixer lors du déroulement de l'« affaire Lip », une transformation majeure des mentalités et des comportements : les salariés refusent désormais d'être les victimes d'une gestion qu'ils ne contrôlent pas et d'enregistrer passivement la disparition de « leur » entreprise et par voie de conséquence de leurs emplois. Cette réaction, devenue assez générale, qui est amplifiée très rapidement par les moyens modernes de communication, a fréquemment un caractère spontané de la part des salariés, et se trouve ensuite organisée avec l'aide des syndicats. Elle peut aussi provoquer des crises politiques importantes.

Il s'agit du phénomène d'occupation des lieux de travail (3) qui coïncide avec l'annonce de la gravité des difficultés que connaît l'entreprise, ou le dépôt de son bilan, et fait redouter le risque d'une liquidation des biens à court terme. Ce procédé de lutte original, qui tend à la fois à demander le maintien des emplois, à sauvegarder l'outil de travail et à faire pression sur les dirigeants, les pouvoirs publics ou le tribunal lorsqu'il est déjà saisi, constitue la manifestation extrême de la place de l'unité sociale dans la recherche de la permanence de l'entreprise.

Les dirigeants de l'entreprise, l'administrateur provisoire ou le syndic, suivant les cas, demandent alors au juge des référés de prononcer l'expulsion des occupants (4). Cette mesure est souvent ordonnée purement et simplement, faisant ainsi prévaloir le droit de propriété et la liberté du travail des non-grévistes, et l'ordonnance désigne les occupants qui ont été nommément assignés, ainsi que tous « les autres occupants de leur chef ». Plus rarement, le juge des référés la refuse en considérant qu'il s'agit là d'une modalité de l'exercice du droit de grève, ou au motif qu'il n'y a pas urgence, ou encore qu'il existe une contestation sérieuse. Fréquemment cependant, et même dans les cas d'expulsion accordée, le Pré-

(3) F. Zénati, Propriété et occupation des locaux d'entreprise, *Annales de la Faculté de Droit de Lyon* 1976, p. 35 ; Y. Saint-Jours, L'occupation des lieux de travail accessoirement à la grève, *D.* 1974, *Chr.*, 135 ; J. J. Dupeyroux, L'occupation des entreprises par les travailleurs sera-t-elle demain un droit ?, *Le Monde* 19 mars 1974, p. 19 ; F. Chevallier-Dumas, Occupation d'usines et expulsion des grévistes, *J. C. P.* 1979, éd. C. I., II, 13 140 ; H. Sinay, La neutralisation du droit de grève ?, *Droit Social* 1980, p. 250 ; O. Drague, De quelques aspects juridiques actuels des conflits collectifs, *Droit Social* 1980, p. 269 ; D. Nazet-Allouche, Les entreprises en difficulté et l'emploi : normes et pratiques, Centre de Sciences Sociales du Travail, Bordeaux I, Dactyl., 1980, p. 137-138 ; J. M. Béraud, La suspension du contrat de travail, *Essai d'une théorie générale*, préf. J. Pélissier, *Bibl. de Droit de travail et de la Sécurité Sociale*, VII, Sirey, 1980, p. 133 et s. ; cf. *Sté Dufour*, supra n° 30, *Sté Manufrance*, supra n° 45.

(4) Poitiers 6 septembre 1979, *J. C. P.* 1980, II, 19 446, note F. Chevallier-Dumas ; cf. les articles cités à la note précédente.

sident du Tribunal procède à une analyse des causes de cette situation, désigne un expert ou un médiateur aux fins de conciliation, ou encore lie sa décision d'évacuation à l'ouverture de négociations entre les parties.

Récemment, la Chambre sociale de la Cour de cassation a admis que l'on pouvait avoir recours à la procédure des ordonnances sur requête (5), qui fait l'économie du caractère contradictoire de la procédure des référés, et permet d'ordonner l'expulsion des grévistes qui n'ont pas été personnellement assignés. Cette jurisprudence nouvelle pose de sérieux problèmes d'ordre théorique (6) et ne s'est d'ailleurs pas généralisée depuis. On constate que bien souvent l'utilisation des ordonnances sur requête est réalisée en binôme avec celle des ordonnances de référés, et que l'exécution par l'autorité administrative de ces jugements est à nouveau précédée de négociations ou simplement reportée jusqu'à ce qu'une solution industrielle soit élaborée puis acceptée par les salariés, ce qui a pour résultat de la rendre sans objet (7).

326 - L'inadaptation du droit devant certaines situations et en particulier de la conception de l'entreprise, qui considère les travailleurs comme y étant titulaires d'un simple droit de créance, conduit à s'interroger : ne serait-il pas opportun d'instituer une forme de participation des salariés, par l'intermédiaire de leurs organes représentatifs, à certaines décisions ? De plus en plus, il apparaît qu'un **consensus** assez large de la part des créanciers, des salariés, ou même de l'environnement économique et politique, est indispensable si l'on veut assurer la permanence de l'entreprise au travers de la crise qu'elle connaît.

L'unité sociale constitue l'une des composantes de cet accord général

(5) Soc. 17 mai 1977, Bull. V, n° 237, p. 259, D. 1977, 645, note A. Jeammaud, J. C. P. 1978, II, 18 992, note Y. Desdevises, Droit Social 1978, 119, note J. Savatier, Rev. trim. dr. civ. 1977, 602, obs. J. Normand, Rapport de la cour de cassation, années 1976-1977, p. 55 ; N. Catala, L'entreprise, préc., n° 687.

(6) J. Normand, Les procédures d'urgence en droit du travail, Droit Social 1980, p. 45, spéc., p. 53 ; du même auteur, sur l'ensemble des questions de droit judiciaire privé en matière d'ordonnances de référé ou sur requête, Chroniques, Rev. trim. dr. civ. 1979, 174, 424, 602 et 1980, 151.

(7) Lorsqu'à la suite d'une occupation des locaux d'une entreprise, dans lesquels les salariés procèdent à une vente « sauvage » d'une partie des stocks, le syndicat a obtenu une décision d'expulsion et que le concours de la force publique ne lui est pas accordé, le Tribunal administratif de Rennes (9 janvier 1980, Rev. Jurisp. Com. 1980, 322, note J. Mestre) a déclaré l'Etat responsable du préjudice subi par la société en liquidation des biens (impossibilité pour le syndicat de réaliser l'actif immobilier de la société, les acquéreurs éventuels exigeant que les immeubles soient libres, renouvellement des primes d'assurances de l'entreprise au taux d'une usine en fonctionnement, et distraction d'une partie de l'actif par la poursuite de ces ventes « sauvages »).

qui permet seul de réaliser l'opération de redressement, et le rôle des salariés doit se poser en termes de « pouvoirs » et ne plus se limiter à la reconnaissance de leurs droits.

SECTION I - LES DROITS DES SALARIES

327 - Une première approche des droits des salariés consiste à les analyser comme des charges pour l'entreprise, qui par leur importance sont de nature à rendre son redressement difficile ou aléatoire. En réalité, si l'on admet que l'unité sociale constitue l'un des éléments de l'entreprise, les salariés ne sont pas seulement des créanciers bénéficiant de certaines priorités dans le règlement de ce qui leur reste dû, mais doivent bénéficier d'une certaine stabilité de leur emploi.

I - LES DROITS DES SALARIES EN QUALITE DE CREANCIERS :

328 - En raison du caractère alimentaire du salaire et afin de protéger le salarié contre les défaillances de son employeur, l'article L. 143-7 du Code du Travail, renvoyant à l'article 2 101-4° du Code civil, a établi un privilège général au profit des créances salariales. Les bénéficiaires sont tous les salariés, aussi bien pour leurs créances de salaires, que pour les accessoires, primes et diverses indemnités de congés payés et de licenciement.

Ce privilège général grève tous les meubles et subsidiairement les immeubles de l'employeur et prend rang après les frais de justice, les frais funéraires et de dernière maladie. Comme tous les privilèges généraux il est cependant primé par les privilèges spéciaux et il a été limité aux salaires dus au cours des six derniers mois.

Le Décret du 8 août 1935 a institué ce que l'on a coutume de nommer un « super-privilège », qui a permis en cas de procédure collective de régler les salaires dus, nonobstant l'existence de toute autre créance, y compris celle du Trésor (8). En contrepartie de cet avantage, l'article L. 143-10 du Code du Travail, modifié par la loi du 27 décembre 1973, en limite la garantie au double du plafond des cotisations de la Sécurité Sociale.

(8) F. Derrida, Le « super-privilège » des salariés dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens, D. 1973, Chr., 59 ; D. Nazet-Allouche, op. cit., p. 24.

329 - Les garanties importantes qui assortissent les créances salariales ne peuvent cependant être efficaces que si l'employeur est encore en mesure de les régler. Il n'en est pas toujours ainsi et on admet même que peu d'entreprises pourraient faire face aux sommes énormes que représentent les indemnités afférentes aux congédiements. Pour pallier cette insuffisance, le législateur, à la suite de l'affaire Lip, a eu recours à la technique de l'assurance obligatoire. La loi du 27 décembre 1973, modifiée par la loi du 27 décembre 1975, codifiée sous les articles L. 143-11 à L. 143-11-6 du Code du Travail (9) tend à assurer, en cas de de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, le paiement des créances résultant d'un contrat de travail.

Cette socialisation de l'insolvabilité impose à tout employeur (10) d'assurer ses salariés contre l'absence de paiement des sommes qui leur sont dues en exécution du contrat de travail (11). La formule est suffisamment large pour comprendre les salaires et accessoires et surtout les indemnités de préavis et de licenciement, ainsi que les sommes dues en application d'accords d'intéressement. Une association patronale, l'Association générale pour la gestion du régime d'assurance des salariés (A. G. S.), a été créée ; elle a passé une convention avec les A. S. S. E. D. I. C. et l'U. N. E. D. I. C., qui sont en définitive les organes d'exécution. Le financement du régime est assuré par des cotisations à la charge des seuls employeurs, et le règlement du passif se fait en deux étapes : si le syndicat ne peut régler la part des créances super-privilégiées avec les fonds disponibles dans les quinze jours qui suivent la date du jugement ouvrant la procédure collective, l'A. G. S. en fera l'avance. Puis dans les trois mois et

(9) commentaires de : F. Derrida, *Vers la sécurité sociale des salaires ?*, D. 1974, Chr., 119 ; A. Honorat, *La loi du 27 décembre 1973 sur l'assurance-insolvabilité au profit des salariés d'un employeur en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens*, Rép. Defrénois 1974, 1 370 ; J. Thillhet-Pretnar, *Un aspect nouveau du droit du salaire, l'assurance des salaires*, Etudes offertes à G. H. Camerlynck, Dalloz, 1978, 167. Rép. Com. Vis Faillite... effets : droits des créanciers, 1977, J. Derruppé, n° 985 et s.

(10) Cf., note F. Derrida, *Droit Social* 1979, 30, sous plusieurs arrêts de la Ch. sociale de la Cour de cassation soumettant des organismes gérant un service public à l'obligation de cotiser.

(11) cf. le cas du gérant majoritaire de S.A.R.L., qui perd sa qualité de salarié en devenant majoritaire (Soc. 7 février 1979, D. 1979, I.R., 367, obs. F. Derrida ; *Rev. Soc.* 1980, 473, note J. Hémar ; Soc. 8 octobre 1980, D. 1981, 257, note Y. Reinhard) et celui de l'associé égalitaire non gérant (Com. 17 avril 1980, *Rev. soc.* 1980, 750, note J.J. Daigre - arrêt qui admet le principe d'un cumul avec un contrat de travail, s'il est démontré l'existence d'un véritable lien de subordination, ce qui n'était pas le cas en l'espèce). Pour une analyse précise des éléments qui permettent de distinguer les fonctions de mandataire social et les fonctions techniques d'un gérant minoritaire de S.A.R.L., cf. Aix-en-Provence 6 novembre 1979, D. 1980, I.R., 282, obs. A. Honorat. Aix-en-Provence 24 octobre 1980, *Rev. Soc.* 1981, 168, note A. Honorat ; A. Sayag, *Mandat social et contrat de travail : attraits, limites et fictions*, *Rev. Soc.* 1981, 1.

huit jours à compter de ce jugement, l'organisme de gestion devra payer le reliquat des sommes dues aux salariés et sera subrogé dans leurs droits. La loi du 27 décembre 1975 est cependant venue limiter le montant des sommes versées, et un décret en a fixé le plafond (12).

Ce régime de solidarité professionnelle et inter-professionnelle présente quelques inconvénients en plus de sa relative complexité : il nécessite en effet l'ouverture d'une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens pour pouvoir être applicable et en cela il conduit paradoxalement le syndic à licencier les salariés dès le prononcé du jugement, afin d'éviter la constitution d'un passif dit de masse (13). Par une décision du 26 juillet 1974, modifiée le 4 avril 1975, l'A. G. S. a cependant accepté de prendre à sa charge les indemnités, à l'exclusion des salaires, nées d'un congédiement prononcé dans les trois mois suivant le jugement, sous réserve de son autorisation préalable, après un examen de la situation d'ensemble de l'entreprise et à la demande du syndic.

Il est ainsi offert la possibilité au syndic de tenter un essai de continuation de l'exploitation avec les salariés, ce qui constitue un facteur non négligeable d'approche du renfouement futur. Le projet de loi n° 975 étend les dispositions de la loi de 1973 à la procédure de suspension provisoire des poursuites, et reprend (14) cette possibilité d'une continuation de l'exploitation pendant six mois sans perte du bénéfice de l'A. G. S. en cas de licenciements décidés dans ce délai.

330 - Ces dispositions de nature financière, aussi nouvelles qu'elles soient pour la dernière d'entre elles, (15) ne peuvent qu'incidemment conduire à la préservation de l'emploi lorsque le paiement par l'A. G. S. des indemnités des salariés qui sont licenciés permettra à l'unité sociale de subsister pour partie. Elles garantissent au moins le paiement effectif, mais limité dans son montant, de ces créances, et ces sommes sont parfois immédiatement utilisées par les salariés lorsqu'ils constituent une société – en géné-

(12) art. D. 143-2 du Code du Travail ; Soc. 13 mai 1980, D. 1981, I.R., 125, obs. P. Langlois.

(13) La Chambre sociale de la Cour de cassation, malgré de nombreuses critiques, considère que les créances salariales nées au cours de la continuation de l'exploitation ont le caractère de dettes de masse, non couvertes par l'A. G. S. : Soc. 6 décembre 1978, D. 1979, 175, note A. H. ; Soc. 27 juin 1979, D. 1980, I. R., 281, obs. A. Honorat ; Soc. 27 juin 1979, D. 1980, I. R., 43 et D. 1980, I. R., 197, obs. F. Derrida ; cf. les faits cités dans la Réponse Ministérielle n° 11 145, J. O. Déb. Ass. Nat. 5 mai 1980, p. 1 847.

(14) art. 52 du projet de loi n° 975, préc.

(15) De 1974 à 1980, le régime a avancé 7997,2 millions de F. et a obtenu 2617,3 millions de F. au titre de remboursement (soit 32,7 % des avances), 4,2 % des créances seulement étant considérées comme irrécouvrables : J. Tillhet-Pretnar, L'assurance garantie des salaires : un régime qui a trouvé son équilibre, Droit Social 1981, 150.

ral sous la forme d'une coopérative ouvrière de production – destinée à « reprendre » l'entreprise en difficulté (16).

Ce système d'assurance-insolvabilité, pour les mêmes raisons tenant au besoin d'accorder une sécurité aux salariés dans le paiement de leurs salaires lorsque leur employeur est soumis à une procédure de concours, est aussi en vigueur dans plusieurs pays européens (17). Introduit aux Pays-Bas en 1968, en Suède en 1970, au Danemark en 1972, en Finlande et Norvège en 1973, en Belgique en 1976, en République Fédérale d'Allemagne en 1974 et au Royaume-Uni en 1975, avec de nombreuses variantes (18), il s'ajoute en général au caractère privilégié des créances arriérées des salariés, et les fonds sont versés, en cas d'insolvabilité de l'employeur, par des organismes étatiques ou semi-privés. Une proposition de Directive de la Commission des Communautés Européennes (19), dont le principe a été adopté par le Conseil des Ministres le 15 mai 1979, concerne le « rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur ». L'article 1 de la Directive réserve cette assurance aux cas de cessation des paiements de l'entreprise (20), inclut dans les prestations en plus du salaire au sens étroit, ses accessoires et les indemnités de licenciement (article 3), prévoit la possibilité pour chaque Etat de limiter l'obligation de l'institution débitrice de ces sommes (21) et détermine les conditions d'indépendance et de financement de l'organisme (22).

Cette Directive (art. 8) ne restreint pas la faculté qu'ont les Etats d'appliquer ou d'adopter des dispositions plus favorables aux travailleurs.

Une telle généralisation de la socialisation des risques dans les divers

(16) cf. infra n° 338.

(17) L. Dallèves et M. Amman, *La protection des droits des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur (étude comparative pour une assurance-insolvabilité)*, Centre d'Etudes Juridiques Européennes, Genève, 1980.

(18) *ibid.* p. 8, et en Annexe p. 61 l'extrait du projet de loi Fédérale (Suisse) sur l'assurance-chômage du 7 novembre 1979.

(19) *ibid.* p. 55, texte de la proposition de Directive.

(20) Au sens de cette Directive il y a cessation des paiements (art. 2) lorsque l'une des procédures de concours a été ouverte, ou lorsqu'il a été jugé inutile d'ouvrir une telle procédure vu l'insuffisance de l'actif disponible, ou lorsque l'entreprise a dû être fermée pour cause de cessation des paiements.

(21) L'article 4 fixe cependant un minimum : 3 mois de salaire, et autres créances nées pendant les 12 mois précédant la survenance de la cessation des paiements.

(22) art. 5 b : « Les employeurs doivent contribuer au financement. Les pouvoirs publics et éventuellement les travailleurs peuvent aussi y participer. ».

pays Européens est révélatrice d'une part de l'inefficacité générale des procédures collectives, trop souvent clôturées pour insuffisance d'actif (23) et d'autre part de l'importance accordée aux droits des salariés en qualité de créanciers. Mais il faut bien constater qu'il n'y a là aucune technique qui soit de nature à permettre à l'unité sociale de subsister, sinon pour partie. En revanche certaines dispositions peuvent favoriser la permanence des emplois.

II - LES DROITS DES SALARIES EN MATIERE D'EMPLOI :

331 - Si l'entreprise se trouve soumise à une procédure collective, ou fait l'objet d'une absorption, l'article L. 122-12 alinéa 2 du Code du Travail (24), avec l'extension que la jurisprudence lui a donnée, garantit le transfert légal et automatique des contrats de travail au nouvel employeur, qu'il s'agisse de la masse, du locataire-gérant ou de la société absorbante. Mais, ainsi qu'on l'a vu, le premier employeur, tout comme son successeur, conserve son droit de résiliation unilatérale des contrats de travail à durée indéterminée, à la condition de pouvoir invoquer un motif sérieux et réel.

Depuis la création en 1973 de l'assurance-insolvabilité (25), la question principale qui demeure posée concerne la possibilité de procéder à des licenciements dès l'ouverture de la procédure collective avant la conclusion d'un contrat de location-gérance. En cas d'accord entre le débiteur et le futur preneur sur ce point, la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation condamnait cette fraude à l'application de l'article L. 122-12 al. 2. Cependant deux affaires récentes invitent à se demander si cette solution classique demeure exacte. Dans un premier arrêt (26) la Chambre sociale a considéré que ce texte « ne fait pas nécessairement obstacle, sauf une fraude non alléguée à l'ordre des licenciements et aux droits du salarié, à ce que, avant même que le changement de chef d'entreprise soit devenu effectif, ce salarié soit licencié compte tenu de la

(23) cf. supra n° 3 les statistiques citées pour la Suisse et l'Allemagne Fédérale, et infra Annexes.

(24) cf. supra n° 281 et 305 et les références citées ; R. Le Roux Cocheril, La « faillite » et l'article L. 122-12 al. 2 du Code du travail, *Droit Social* 1978, n° spécial, préc. p. 93 ; D. Nazet-Allouche, thèse, préc., p. 48 et s. ; J. Nayral de Puybusque, Divers modes de rupture des contrats de travail à durée indéterminée et leurs conséquences, art. L. 122-12, *D. 1980, Chr.*, 317 ; M. Voisset, *Droit du travail et crise*, *Droit social* 1980, 287 ; B. Teyssié, *Droit du travail*, Litec, 1980, n° 695 et s.

(25) cf. supra n° 329.

(26) Soc. 8 juin 1979, *Bull.*, V, p. 370, n° 502, *D. 1980, I. R.*, 44.

réorganisation à laquelle le futur employeur a d'ores et déjà décidé de procéder ». Plus récemment encore (27), cette même Chambre sociale a estimé « qu'il n'était pas contesté que la continuation de l'exploitation en location-gérance n'avait été envisagée que sous condition de congédiement préalable par la société en règlement judiciaire d'une partie du personnel selon un plan de redressement qui avait été arrêté, sans intention de faire fraude à l'article L. 122-12 avec l'accord des pouvoirs publics et sous le contrôle du tribunal de commerce ». Ainsi, cet arrêt permet, dès l'ouverture de la procédure collective, voire – comme en l'espèce – en la préparant avant le prononcé du règlement judiciaire, de négocier une réorganisation de l'entreprise en prévoyant que le syndic, assistant ou représentant le débiteur, pourra procéder aux licenciements jugés indispensables par le futur locataire-gérant. Ce nouvel « affinement » du contenu de l'article L. 122-12 al. 2, vivement souhaité par les milieux patronaux (28), anticipe sur les dispositions contenues dans le projet de loi n° 975 (29).

Un éminent auteur a estimé que cette dernière décision n'est pas un arrêt d'espèce, et que sous réserve de respecter les conditions posées par l'arrêt, la solution a valeur générale et peut être appliquée, par un argument *a fortiori*, au cas de continuation directe de l'exploitation par le débiteur (30). Il est permis de mettre en doute la portée de cette affaire. En effet, la formulation de l'arrêt est ambiguë : il est fait référence à un plan de redressement qui justifierait la mise à l'écart de l'article L. 122-12 al. 2. Il ne peut s'agir d'une procédure de suspension provisoire des poursuites, qui avait déjà échoué en l'espèce auparavant, ni non plus de l'ébauche d'un concordat. Le Tribunal de Commerce avait homologué la convention, signée avec le futur locataire-gérant la veille de l'ouverture du règlement judiciaire, et dans laquelle le preneur se réservait le droit de préciser au futur syndic quels salariés il devrait licencier. L'utilisation du contrat de location-gérance pendant la période de la poursuite de l'exploitation, autorisée par le Tribunal (31), est fréquente et utile (32), mais il faut rappeler que dans ce cas les parties envisagent le transfert de la gestion de tout ou partie de l'unité d'exploitation, en contrepartie du paie-

(27) Soc. 31 janvier 1980 (S. A. Lou) D. 1980, 398, note F. Derrida.

(28) M. Voisset, art. préc., p. 291.

(29) articles 87 et 88 du projet de loi n° 975, préc.

(30) F. Derrida, note préc. sous l'arrêt, n° 5.

(31) art. 27 de la loi du 13 juillet 1967.

(32) cf. *supra* n° 276 et s.

ment d'une redevance, et que le débiteur doit rester en mesure de proposer un concordat sérieux (33). La location-gérance peut certes, en général avec la perspective d'une cession postérieure, favoriser le renfouement de l'entreprise en difficulté, mais le concordat reste l'issue normale du règlement judiciaire et, tant qu'il n'est pas voté par les créanciers et homologué par le tribunal, les mesures prises n'ont qu'un caractère provisoire et ne peuvent au mieux que constituer l'esquisse d'un redressement durable. Même en admettant que la Chambre Sociale ait voulu ratifier les négociations secrètes ayant « préparé » la reprise de l'entreprise en difficulté, elle ne peut justifier la fraude à la loi qu'en imposant des conditions très précises : élaboration d'un plan de redressement, accord des pouvoirs publics et contrôle du Tribunal de commerce. Il est significatif, et surprenant, qu'elle ait estimé utile de faire référence au rôle des pouvoirs publics, au mépris du principe de la séparation des pouvoirs, et considéré que la réunion de ces circonstances particulières « légitime » l'atteinte ainsi portée à la continuité de l'emploi que sa jurisprudence avait tirée de l'article L. 122-12 al. 2. Le droit à la stabilité de l'emploi, issu de l'« automatisme de la substitution du nouvel exploitant à l'ancien » (34) cède ainsi la place à l'intérêt supérieur du sauvetage – provisoire puisque antérieur au concordat – de l'unité économique et de **quelques** emplois.

Une nouvelle fois, le droit positif limite les droits des salariés à la seule question du paiement de leurs créances salariales, en manifestant la volonté « d'assouplir les contraintes résultant pour les employeurs du droit du travail » (35). L'article L. 122-12 al. 2 du Code du Travail risque ainsi de ne plus avoir comme seule utilité que de maintenir les avantages individuels acquis par les salariés, principalement du fait de leur ancienneté, pour ceux d'entre eux qui seront encore jugés utiles dans l'exploitation de l'entreprise restructurée.

332 - Les modifications apportées par les lois du 13 juillet 1973 et du 3 janvier 1975 au régime des licenciements (36) visent à préserver la sécurité de l'emploi, tout comme l'accord national interprofessionnel du 14 oc-

(33) On peut remarquer que dans certains cas la recherche du renfouement « à tout prix » de l'entreprise placée en règlement judiciaire laisse dans l'ombre la nécessité de proposer un concordat sérieux : cf. un exemple d'« oubli » de ce genre dans l'affaire *Manufrance*, précitée.

(34) J. Savatier, *Droit Social* 1974, 476.

(35) Exposé des motifs du projet de loi n° 975, *préc.*, p. 12.

(36) J. Pélissier, *Le nouveau droit du licenciement*, Sirey, 2e éd., 1980 ; J.C. Javillier, *Droit du travail*, *préc.*, p. 260 et s. ; G. H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *Droit du travail*, *préc.*, n° 135 et s. ; N. Catala, *L'entreprise*, *préc.*, n° 204 et s. ; B. Teyssié, *Droit du travail*, *préc.*, n° 753 et s. cf. les travaux du Colloque des 12-13 décembre 1980, *La crise du droit des licenciements*, *Droit Social*, n° spécial, mars 1981.

tobre 1974, instituant une allocation supplémentaire d'attente, permet aux salariés licenciés pour motif économique de percevoir 90 % de leur salaire d'activité (37).

Toutes ces dispositions ont pour objet d'assurer une meilleure protection des salariés contre le risque de licenciement et d'améliorer leur situation matérielle s'ils ne conservent pas leur emploi.

La loi du 13 juillet 1973 a prévu, pour les licenciements qui n'ont pas la qualification d'économique au sens de la loi du 3 janvier 1975, tout un dispositif de convocation et d'audition du salarié (38), de notification du licenciement et d'énonciation par l'employeur des motifs réels et sérieux, sur demande du salarié (39). Les raisons peuvent être d'ordre économique ou technique, comme la réorganisation de l'entreprise, puisque l'employeur décide seul de la politique économique suivie, de l'organisation et du fonctionnement de l'unité économique.

En cas de licenciement collectif pour cause économique (40), la loi du 3 janvier 1975 impose à l'employeur une consultation des représentants du personnel et une autorisation du Directeur départemental du Travail (41) ; ce motif économique requis correspond aux causes structurelles comme les opérations de modernisation, et non pas seulement aux causes extérieures indépendantes de la volonté de l'employeur.

Après un jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, les formalités de consultation des représentants du personnel sont remplacées par une simple information (42) et l'autorité administrative n'est pas requise de donner son accord. Le législateur a ainsi exclu toute

(37) Depuis l'accord intervenu le 17 mars 1979, ce pourcentage est dégressif à compter du 1er octobre 1979.

(38) art. L. 122-14 et R. 122-2 du Code du Travail.

(39) pour l'évolution jurisprudentielle intervenue en ce domaine, cf. obs. J. Pélissier, sous Soc. 4 janvier 1980, D. 1980, I. R., 547.

(40) art. L. 321-3 à 321-12 du Code du Travail.

(41) Le contentieux judiciaire et administratif est abondant et important ; cf. Ch. Mixte 18 janvier 1980 (aff. Pampre d'Or), D. 1980, 386, note A. Jeammaud et J. Pélissier, Droit Social 1980, 330, note J. Savatier, J. C. P. 1980, II, 19 397, concl. Robin et note J. C. Javillier ; Ch. Mixte 18 janvier 1980, J. C. P. 1980, II, 19 398, concl. Robin et avec Soc. 24 et 30 janvier 1980, D. 1980, 476, note A. Jeammaud et J. Pélissier ; Soc. 9 octobre 1980, 26 mars, 11 juin 1980, Droit Social 1980, 499, note J. Savatier ; Soc. 15 novembre, 26 octobre et 24 octobre 1979, Droit Social 1980, 380, note Y. Gaudemet ; C. E. 27 avril 1979, D. 1980, 337, note A. Jeammaud ; C. E. 30 novembre et 14 décembre 1979, Droit Social 1980, 276, note F. Moderne ; C. E. 15 février 1980, Droit Social 1980, 484, note F. Moderne, D. 1980, I. R., 551, obs. J. Pélissier ; C. E. 12 mars 1980, D. 1980, 515, note F. Moderne ; C. E. 18 janvier 1980, D. 1980, 259, note A. Lyon-Caen, Droit Social 1980, 386, concl. P. Dondoux, D. 1980, I. R., 549, obs. J. Pélissier ; M. Voisset, art. préc., Droit Social 1980, 287 ; *addé* : Colloque de Droit Social, 12-13 décembre 1980, Les licenciements, Droit Social 1981, n° spécial.

(42) art. L. 321-10 du Code du Travail.

consultation en la matière et l'on s'est même demandé à juste titre (43) quelle est l'utilité d'une telle information qui peut seulement atténuer quelque peu le choc que provoquera la réception par les salariés des lettres de licenciement. Le syndic doit cependant respecter les règles particulières relatives au licenciement des salariés protégés (44).

333 - Pour les contrats de travail à durée indéterminée, l'employeur peut souhaiter échapper aux règles contraignantes de la procédure de licenciement pour motif économique, et à la crise sociale qu'elle peut entraîner, et négocier avec certains de ses salariés une démission de leur part. La pratique récente a même vu se développer ce qu'il est convenu de nommer les « primes au départ volontaire » (45) en particulier dans le cas des entreprises connaissant des difficultés ou désirant procéder à d'importantes mesures de réorganisation. Ces démissions collectives, d'une licéité douteuse (46), revêtent des formes très variées ainsi que le précisait M.

(43) F. Derrida, La sécurité de l'emploi et le droit des procédures collectives, *Droit Social* 1978, n° spécial, préc., p.62 n° 39.

(44) art. L 412-15, L. 420-22 et L. 436-1 du Code du Travail ; Trib. gr. inst. Tours 13 juin 1977, *Crim.* 12 décembre 1978, *Droit Social* 1979, 177, note F. Derrida ; *Crim.* 3 mai 1979, D. 1979, I.R., 526, obs. M. Puech ; Soc.25 janvier 1979, D. 1979, I.R., 305, obs. F. Derrida (dans cette dernière affaire, la Cour approuve la réintégration ordonnée en référé des salariés congédiés sans l'assentiment préalable du comité d'entreprise) ; *Crim.* 7 janvier 1980, D. 1980, I.R., 460 (le délit d'entraves à l'exercice du droit syndical et du fonctionnement du comité d'entreprise a été retenu à la charge du syndic d'une entreprise en règlement judiciaire qui avait signé seul les lettres de licenciement pour motif économique, sans signaler à l'autorité administrative saisie d'une demande d'autorisation de licenciement la situation de douze salariés représentants du personnel, et qui restaient protégés par leurs statuts particuliers), N. Catala, *L'entreprise*, préc., n°597.

(45) Selon les résultats d'un questionnaire adressé par le Ministère du Travail aux directeurs, départementaux, 130 entreprises ont eu recours à cette formule, plus de 20 000 salariés l'ont acceptée et les primes varient de 10 000 F à 70 000 F. A titre d'exemples : dans la sidérurgie 4960 salariés ont accepté une prime de 50 000 F ; Sté Unic, prime de 15 000 F pour les immigrés qui s'ajoute à l'aide publique au retour de 10 000 F ; Sté Peugeot, même incitation de 15 000 F + 10 000 F (aide publique), Sté Salomon, 40 000 F pour 40 salariés ; C.I.T. Alcatel : 40 000 F ; Logabax : 50 000 F. et 70 000 F pour les salariés ayant dix ans d'ancienneté (Le Monde 3 décembre 1980, p. 41) ; Sté Massey-Ferguson à Athis-Mons : 50 « départs volontaires accompagnés d'aides financières » entre janvier 1980 et le 31 octobre 1980 (Rép. Min. n° 29876, J.O. Déb. Ass. Nat., 9 mars 1981, 1053) ; cf. D. Rouard, Un engouement qui prend les syndicats à contre-pied, Le Monde 31 mars 1981, p. 22 ; J. Pélissier, Les départs négociés, Colloque : La crise du droit des licenciements, *Droit Social* 1981, n° spécial, mars, 228.

(46) J. Dupuy, La démission du salarié, D. 1980, Chr., 253, spéc., p.261, et les références citées ; J. Mouly, La fraude à la loi en droit du travail. Contribution à la théorie générale de la fraude, thèse, dactyl., Limoges, 1979, p.157 ; Le droit fiscal les prend cependant en compte : art.11 de la loi de finances rectificative pour (voir suite de la note à la page suivante)

J. P. Prouteau (47). La jurisprudence n'a pas hésité à requalifier l'acte en licenciement dès lors qu'il lui apparaissait que la volonté du salarié n'était pas entièrement libre. La Chambre criminelle de la Cour de cassation, d'une manière plus nette que la Chambre sociale (48) vient de confirmer la condamnation pénale d'un employeur qui avait fait pression sur un salarié pour obtenir son accord, n'avait pas sollicité l'autorisation administrative de licencier, en considérant qu'une démission avec prime à l'occasion d'une réorganisation de l'entreprise constitue « un licenciement effectué pour un motif économique d'ordre structurel ». Il convient cependant de relever qu'en l'espèce ce salarié avait subi des pressions ten-

(suite de la note de la page précédente)

1980 (loi n° 80-1055, J.O. 26 décembre 1980, 3038, D. 1981, L. 13, J.C.P. 1981, III, 50 679) : « A compter de l'imposition des revenus de 1980, les primes de départ volontaire peuvent faire l'objet de l'étalement prévu par les dispositions de l'art. 163 du C.G.I., même si leur montant n'excède pas la moyenne des revenus nets imposables des trois dernières années » ; et Rép.Min. n° 37 587, J.O. Déb. Ass. Nat. 9 février 1981, 618 ; J.J. Dupeyroux, Un droit balbutiant, Le Monde 31 mars 1981, p. 22 ; cf. J. Péliissier, Les départs négociés, préc., p. 231 ; pour ce dernier auteur seule une intervention législative pourrait autoriser les ruptures par consentement mutuel lorsqu'une entreprise entend, pour des motifs d'ordre conjoncturel ou structurel, supprimer des emplois ; *de lege ferenda*, la direction devrait soumettre son projet de départs avec primes au comité d'entreprise, puis au directeur départemental du travail pour autorisation, et en cas d'accord de ce dernier ces départs négociés seraient, quant à leurs effets, assimilés à des licenciements pour motif économique (ibid., p. 233-235).

(47) Question au Gouvernement, Séance du 27 juin 1980, J.O. Déb. Ass. Nat. 28 juin 1980, p. 2 406. : « Initialement limité à certaines grandes entreprises ce phénomène peut toucher aujourd'hui les petites et les moyennes. Les entreprises qui ont recours à cette procédure connaissent dans certains cas des difficultés structurelles ou conjoncturelles. Les procédures mises en œuvre sont, dans leur détail, d'une grande diversité : tantôt la prime est proposée hors de toute procédure de licenciement ; tantôt elle est présentée comme un élément du plan social que tout employeur doit soumettre à son comité d'entreprise lorsqu'il envisage une réduction de ses effectifs. Dans certains cas, la prime est considérée comme un accessoire d'une opération qualifiée de licenciement ; dans d'autres cas, elle accompagne ou facilite une opération qualifiée de démission. Les salariés concernés bénéficient parfois d'une seule prime d'un montant modique et, dans d'autres cas, d'un ensemble de prestations comprenant en sus de la prime de départ volontaire, d'autres indemnités de préavis, de congés payés, de licenciement, voire de formation. Il arrive que les intéressés soient admis à recevoir, après leur départ, des prestations de chômage, tandis qu'elles leur sont refusées dans d'autres cas... Il arrive qu'un droit de rétractation soit reconnu à certains tandis que d'autres se voient offrir une possibilité de réembauche pendant une certaine période. L'opération affecte tantôt une catégorie particulière de salariés, tantôt l'ensemble du personnel d'une entreprise... ».

(48) Crim. 3 janvier 1980, cité par M. Prouteau (cf. note précédente), D. 1980, I.R., 551, obs. J. Péliissier, reproduit en annexe (p. 235) de l'article précité, Les départs négociés. Crim. 3 juin 1980 (ibid., p. 232 et p. 236) ; la Chambre sociale a adopté une position moins catégorique : cf. J. Péliissier, art. préc., p. 232 et les arrêts reproduits en annexe p. 237. Le tribunal correctionnel de Strasbourg, le 22 janvier 1981 (Le Monde, 24 janvier 1981, p. 33) a condamné le président et le directeur général de la Sté Téléc à 10 000 F d'amende chacun, pour avoir provoqué la démission de 300 salariés avec une prime de 40 000 F, que le tribunal qualifie de licenciement.

dant à obtenir son départ volontaire et que le certificat qui lui avait été délivré par l'employeur portait mention d'une démission obtenue en conséquence de la réorganisation d'un service de l'entreprise. Mais la fermeté de la Chambre criminelle peut permettre de penser que le cas de réduction d'effectifs imposée par les circonstances économiques, les démissions avec primes ayant un caractère collectif ne seront plus admises.

Un autre moyen, dans certains cas, d'éluder l'application des règles du droit du licenciement, peut résulter du recours à la résiliation judiciaire du contrat de travail à durée indéterminée. Les célèbres arrêts Perrier (49) ne l'avaient pas admis à propos des salariés protégés, mais deux arrêts récents viennent – pour les salariés ordinaires – de faire application de l'article 1184 du Code civil (50). Si les auteurs sont d'accord pour considérer que le recours à l'article 1184 du Code civil est possible lorsqu'il est constaté une faute réelle et sérieuse du salarié, leurs opinions divergent à propos des conséquences. Certains commentateurs estiment que l'instance judiciaire constitue la meilleure garantie pour le salarié, (51) d'autres (52) suggèrent de limiter le domaine d'application de la résiliation judiciaire aux seuls cas de faute grave ou même d'assimiler la rupture par résiliation judiciaire à un licenciement (53).

Cette évolution jurisprudentielle, ajoutée à quelques autres déjà citées (54), ne laisse pas d'être inquiétante et de réduire progressivement les droits des salariés, en particulier dans le cas d'une entreprise en difficulté. Le projet de loi n° 975 s'oriente dans la même direction. Dans le but de favoriser le redressement de l'entreprise, il prévoit, en cas de suspension provisoire des poursuites, de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, la possibilité pour l'employeur de procéder aux licenciements jugés nécessaires avant le transfert de la gestion à un locataire-gérant, ou avant

(49) Ch. mixte 21 juin 1974, D. 1974, 593, concl. Touffait, H. Sinay, Un tournant du droit du travail : les arrêts Perrier, D. 1974, Chr., 235 ; N. Catala, L'entreprise, préc., n° 599.

(50) Soc. 31 janvier 1979 et 3 avril 1979, J.C.P. 1980, II, 19 292, note J. Mouly, Droit Social 1979, 414, note J. Savatier, D. 1979, I.R., 328, obs. P. Langlois ; A. Jeammaud, La résiliation judiciaire du contrat de travail face au droit du licenciement, D. 1980, Chr., 47. «Si l'employeur qui prend l'initiative de rompre lui-même le contrat d'un salarié est tenu de respecter la procédure prévue par les art. L. 122-4 et s. c. trav., il a également la faculté que ces textes n'excluent pas de demander la résolution judiciaire du contrat» (1er arrêt ; le second contient une formulation pratiquement identique).

(51) J. Nayral de Puybusque, art. préc., D. 1980, Chr., 317.

(52) J. Mouly et A. Jeammaud, art. préc.

(53) A. Jeammaud, art. préc., n° 12 et s.

(54) cf. par ex., supra n° 331.

de procéder à une cession (55). Toute une procédure particulière est également prévue afin de réduire les avantages acquis par les salariés : avant la modification de la situation juridique de l'entreprise, et pendant un délai de trois mois ensuite, l'employeur ou le syndic peut décider de réduire les avantages antérieurs, après une information et une consultation du comité d'entreprise et un vote à bulletin secret de l'ensemble du personnel. Si cette réduction des avantages est acceptée par la majorité des salariés, les opposants sont considérés comme licenciés pour motif économique. Il est enfin prévu qu'en cas de réduction des avantages, si des salariés sont licenciés dans le délai d'un an, ils auront droit à une indemnité correspondant aux avantages dont ils auraient bénéficié sans cette réduction.

Ce projet constitue une nouvelle manifestation du refus de toute autonomie à l'unité sociale de l'entreprise et de la soumission du sort des salariés aux seuls impératifs économiques.

334 - La loi du 3 janvier 1979 (56) relative au contrat de travail à durée déterminée contributive, ainsi que l'a reconnu le Ministre du Travail « à lever les contraintes pesant sur les entreprises désireuses d'embaucher et craignant de ne pouvoir débaucher », et « a eu pour objet principal de permettre une meilleure adaptation de l'emploi aux variations conjoncturelles de l'activité des entreprises » (57). Instantanément souhaitée par les milieux patronaux, cette réforme favorise la conclusion de contrats à durée déterminée, tout en cherchant à éviter que ces nouvelles dispositions puissent permettre de servir d'échappatoire à certains employeurs pour éluder leurs obligations légales ou donner un caractère général à ce mode d'embauche, qui reste exceptionnel (58). La loi a d'ailleurs limité le renouvellement du contrat initial, si une clause l'a prévu, à une seule fois et pour une durée égale à la première, ou à deux fois à la condition de ne pas

(55) art. 88 et 89 du projet de loi, préc., cf. supra n° 331.

(56) art. L. 122-1 et s. nouv. du Code du Travail ; cf. les principaux commentaires de cette loi : G. Poulain, *Droit Social* 1979, 67 ; M. Cottinet et L. Gruekka-Picard, *Gaz. Pal.* 1979, I, D, 254 ; D. Corrigan-Carsin, *D.* 1979, *Chr.*, 227 ; J. Le Calonnec, *Revue Droit rural* 1979, 41 ; *Rev. trim. dr. civ.* 1979, 683, obs. P. Godé ; M. Buy, *J.C.P.* 1979, éd.C.I., II, 13 130 ; Colloque de la *Revue Droit Social*, 31 mai 1980, *Droit Social* 1980, n° spécial.

(57) Rép. Min. n° 23 696, *J. O. Déb. Ass. Nat.*, 11 février 1980, p. 492 ; Rép. Min. n° 30 254, *J. O. Déb. Ass. Nat.*, 11 août 1980, p. 3 428, et L. Stoléro, *Question au Gouvernement*, séance du 20 juin 1980, *J. O. Déb. Ass. Nat.*, 21 juin 1980, p. 2 005.

(58) La direction des Usines de Sochaux de Peugeot-Citroën a annoncé en septembre 1979 qu'elle aurait recours à ce type de contrat (*Le Monde* 5 septembre 1979, p. 42), cf. Rép. Min. n° 20 891, *J. O. Déb. Ass. Nat.*, 28 décembre 1979, p. 12 647, qui confirme que cette entreprise n'« envisage pas de recourir de façon constante à cette pratique ».

excéder au total une année (59). On sait d'ailleurs que la jurisprudence procédait à une requalification des contrats à durée déterminée contenant une clause de tacite reconduction ou renouvelés en fait en contrats à durée indéterminée, et – non sans ambiguïtés (60) – la loi nouvelle dispose qu'au-delà des délais prévus le contrat est à durée indéterminée. Il est sans doute prématuré de vouloir mesurer les effets de cette dernière réforme. On peut cependant citer quelques chiffres concernant les causes de pertes d'emplois recensées auprès des demandeurs d'emploi : 25,1 % pour les licenciements économiques, 22,2 % pour les autres licenciements, 19,9 % pour les démissions, 24,6 % pour la fin de contrats à durée déterminée, et 8,2 % pour les fins de mission d'intérim (61). Par rapport aux chiffres des années précédentes, ces pourcentages évoluent assez peu, sauf pour les licenciements économiques qui diminuent depuis 1978 et pour les fins de contrats à durée déterminée qui sont en nette augmentation depuis 1976 (15,4 %).

335 - On constate ainsi que les droits des salariés d'une entreprise en difficulté ne sont véritablement assurés que du point de vue financier, grâce aux systèmes mis en place depuis 1973. L'indispensable réorganisation de l'unité économique en état de défaillance provoque des licenciements importants, et, faute de reconnaître aux salariés des pouvoirs d'information sérieuse à propos des modalités de la poursuite de l'exploitation, les techniques de renfouement utilisées tout comme les procédures de concours n'assurent pas de protection à l'unité sociale en tant que telle. (62).

SECTION 2 - LES POUVOIRS DES SALARIES

Le principe de l'autorité du chef d'entreprise a provoqué une délimitation très précise des droits des salariés, et très logiquement conduit à n'accorder à leurs représentants que des pouvoirs d'information et de consultation dans certains domaines. On assiste cependant à une évolu-

(59) art. L. 122-1 al. 2.

(60) J. Péliissier, le renouvellement des contrats de travail à durée déterminée après la loi du 3 janvier 1979, *Droit Social* 1980, n° spécial, préc., 47.

(61) G. Vanderpote, Contrats de travail à durée déterminée et évolution des indicateurs du marché du travail, *Droit Social* 1980, n° spécial préc., p. 21, spéc. tableau n° 2 p. 23.

(62) cf. les développements de D. Nazet-Allouche, thèse, préc., p. 244 et s.

tion qui tendrait, dans les propositions de réforme ou dans des situations de fait particulières, à préparer la reconnaissance d'un rôle plus direct et plus actif.

I - L'INFORMATION ET LA CONSULTATION DES REPRESENTANTS DU PERSONNEL :

336 - Selon l'exposé des motifs de l'Ordonnance du 22 février 1945 instituant les comités d'entreprise, « il a semblé indispensable de laisser au chef d'entreprise qui a, devant la nation, la responsabilité de l'affaire qu'il dirige, une autorité correspondant à cette responsabilité ; les comités d'entreprise seront donc consultatifs, sauf en ce qui concerne la gestion des institutions sociales de l'entreprise ». Les attributions économiques du comité d'entreprise, ou des délégués du personnel, sont dès lors limitées à la connaissance de certaines informations et à la consultation par le chef d'entreprise sur quelques questions particulières.

Dans toutes les entreprises qui sont tenues d'en avoir un (63), le comité doit être informé chaque trimestre (64) sur les conditions générales de la vie de l'entreprise, l'évolution générale des commandes et de l'emploi. Tous les ans un rapport d'ensemble sur l'activité de l'entreprise, les projets pour l'exercice suivant, l'évolution passée de l'emploi et les perspectives économiques, est communiqué par le chef d'entreprise (65). Le comité est même consulté, c'est-à-dire qu'il y a échange de vues entre les parties et libre discussion, dans certains domaines tels que celui de l'organisation de la gestion et de la marche générale de l'entreprise (67). Enfin, dans les sociétés commerciales, des représentants désignés par le comité siègent au conseil d'administration ou au conseil de surveillance avec

(63) art. L. 431-1 du Code du Travail ; cf. le cas de la réduction des effectifs et de la disparition du comité, obs. J. Pélissier, sous Trib. Adm. de Lyon 15 février 1979, D. 1979, I. R., 421.

(64) art. L. 432-4 c al. 4 du Code du Travail.

(65) art. L. 432-4 d du Code du Travail.

(66) cf. supra n° 332 ; art. L. 321-3 du Code du Travail pour la consultation des délégués du personnel ; cf. Soc. 10 janvier 1980 et C. E. 15 février 1980, D. 1980, I. R., 550, obs. J. Pélissier, et obs. P. Delvolvé sous C. E. 15 février 1980, D. 1980, I. R., 299 ; pour la Ch. Soc., le juge des référés judiciaire est incompétent pour ordonner une mesure permettant au comité d'avoir une information plus complète avant d'émettre son avis sur un projet de licenciement collectif, même lorsque l'autorité administrative n'a pas encore été saisie d'une demande d'autorisation ; le C. E. décide que le juge des référés administratif peut ordonner à la demande des membres du comité de la désignation d'un expert au cours de la procédure de consultation.

(67) art. L. 432-4 al. 1 du Code du Travail.

voix consultative, et le comité bénéficie d'informations élargies qui sont celles dont disposent les actionnaires (68) ; il peut aussi se faire assister d'un expert-comptable (69), convoquer le commissaire aux comptes (70) et formuler des avis qui sont transmis à l'assemblée générale ordinaire des actionnaires.

A ces pouvoirs généraux s'ajoutent des hypothèses particulières de consultation du comité, comme pour l'établissement des relevés et état des créances pour l'application du régime de l'assurance-insolvabilité, en cas de règlement judiciaire seulement (71).

337 - Le texte essentiel qui détermine les pouvoirs du comité d'entreprise en matière économique, est l'article L. 432-4 c alinéa 1 du Code du Travail : il est « obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, et notamment sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi et de travail du personnel. Il peut formuler des vœux sur ces points ».

En matière de gestion financière de l'entreprise, au sens large, la révision des textes opérée par la loi du 18 juin 1966 a généralisé à toutes les entreprises la communication au comité, dans le rapport annuel, du chiffre d'affaires de l'exercice écoulé, du coût salarial de l'exploitation et des « résultats globaux de la production et de l'exploitation » (72) avec un examen de l'évolution comparative de certains postes, comme la structure et le montant des salaires et la rémunération moyenne horaire et mensuelle. Ce rapport doit aussi faire état des projets pour l'exercice suivant, ainsi que des investissements réalisés et à venir (73).

(68) art. L. 432-4 al. 9 du Code du Travail.

(69) Lyon 31 janvier 1980, D. 1980, I. R., 526 ; Rev. Soc. 1981, 115, note J. G. ; Soc. 4 juin 1980, Rev. Soc. 1980, 505, note J. G., J. C. P. 1980, IV, 308, D. 1981, I. R., 121, obs. P. Langlois.

(70) Il semble que ce pouvoir soit peu utilisé en pratique : N. Catala, L'entreprise, préc., n° 717.

(71) F. Derrida, Vers la Sécurité Sociale des salaires ?, art. préc., n° 26 ; art. L. 143-11-5 al. 4 du Code du Travail, cf. supra n° 329 ; cf. aussi, loi n° 80-834 du 24 octobre 1980 (préc. supra n° 182) qui oblige (art. 13) à une information préalable du comité d'entreprise en cas de distribution d'actions en faveur des salariés, et D. 80-935 du 26 novembre 1980 (J.O. 27 novembre 1980, 2764, D. 1980, L. 419, J. C. P. 1980, III, 50 565), art. 11 ; commentaire ; Y. Guyon, J. C. P. 1981, D. 3 006 ; M. Vasseur, D. 1981, Chr., 63 ; Arrêté du 20 janvier 1981, J. O., 24 janvier, p. 889, J.C.P. 1981, III, 50 887.

(72) art. L. 432-4 d al. 2 du Code du Travail.

(73) C. Freyria, Bilan juridique des fonctions économiques des comités d'entreprise, Etudes offertes à G. H. Camerlynck, préc., 273.

Une analyse critique du pouvoir des comités dans le domaine économique peut cependant être faite. En plus des malfaçons de textes, résultant de modifications successives, et d'une impression générale d'énumération désordonnée, ou d'imprécision du vocabulaire, l'information économique sérieuse du comité n'a pas été réalisée, en raison de la difficile lecture des documents comptables (74), qui ne sont pas toujours clairs, et du caractère non prospectif des informations fournies. Il est aussi étonnant que les pouvoirs particuliers d'information financière du comité demeurent encore restreints au seul cadre des sociétés anonymes.

Une élaboration distincte du droit des sociétés et du droit des comités d'entreprise a provoqué ces imperfections, et d'ailleurs le droit positif, en dépit de quelques progrès, ne conçoit pas ces organes comme les prémices d'une quelconque co-gestion. Le Conseil Economique et Social, dans un avis récent (75) a rappelé que les dispositions légales relatives au droit d'information des comités devaient être mieux appliquées et sans doute améliorées. A cette occasion, les différentes organisations syndicales ont formulé leurs points de vue : pour la C. F. D. T., la négociation avec le chef d'entreprise devrait porter sur l'ensemble de la politique industrielle suivie et non pas seulement sur les « aspects humains des conversions industrielles » ; pour la C. F. T. C. il conviendrait d'instituer une participation au contrôle et à l'orientation de la politique de gestion de l'entreprise, à l'image de l'Allemagne Fédérale, et l'information des salariés devrait être meilleure tout en étant sujette à une certaine discrétion de la part des destinataires de ces précisions ; pour la C. G. C., il faudrait assurer le respect des informations dont doit disposer le comité d'entreprise, en instituer un au niveau des groupes, reconnaître l'existence des « clignotants » signalant les difficultés, et consulter les salariés sur la stratégie industrielle suivie ; pour la C. G. T. enfin, il faudrait développer l'activité de contrôle économique des comités et des experts comptables qui les assistent en facilitant l'accès à la comptabilité analytique, aux informations financières, et à l'élaboration d'analyses économique-financières, et exiger des négociations avec les représentants des salariés à propos des conversions industrielles. Pour les représentants de groupe des entreprises privées, il convient d'être prudent dans la diffusion d'informations au comité d'entreprise en raison des effets de toute indiscretion sur l'aggravation de la situation de l'entreprise. Le C. N. P. F. de son côté, estime nécessaire de mieux assurer l'information des salariés (76), notamment par l'intermé-

(74) C. Freyria, *Le contenu de l'information économique et sociale du Comité d'entreprise*, Droit social 1979, n° spécial, préc., 35.

(75) *La conversion des entreprises industrielles*, Avis du Conseil Economique et Social, J. O. Avis et Rapports du C. E. S., 17 août 1979, n° 22.

(76) N. Catala, *L'entreprise*, préc., n° 151, p. 163, note 7.

diaire des cadres et de procéder à une consultation régulière des comités, tout en attachant de l'importance à la participation des salariés aux résultats, voire au capital de la société. Ces différentes positions expriment le souhait d'une application exacte des dispositions relatives au pouvoir économique des comités, et traduisent l'aspiration des syndicats de salariés à un accroissement de leurs responsabilités en ce domaine.

Lorsque l'entreprise connaît des difficultés, les salariés ne sont bien souvent informés qu'au moment du dépôt du bilan ou de la réalisation d'une opération d'absorption. Pourtant, on peut considérer que ces « questions intéressent la marche de l'entreprise » (77) et qu'une consultation préalable du comité devrait être opérée, ne serait-ce qu'en raison de l'incidence probable de ces décisions sur les conditions d'emploi et de travail du personnel. Cela a été admis pour les fusions (78) ou bien lors de la fermeture temporaire d'une entreprise à la suite de grèves tournantes (79), mais pas encore pour le dépôt du bilan qui, en pratique, n'est pas précédé d'une consultation des comités d'entreprises (80), ni au cours des procédures collectives (81).

Les pouvoirs des représentants du personnel d'une entreprise, et notamment lorsqu'elle connaît de sérieuses difficultés, sont ainsi très limités. Il n'est dès lors pas surprenant que l'on assiste à certaines tentatives ayant pour objet, en fait, d'accorder un rôle actif aux salariés, et que les projets de réforme de l'entreprise aient émis le souhait d'un accroissement notable des pouvoirs du comité d'entreprise dans le cadre d'une politique de prévention des difficultés qu'elle connaît (82).

(77) F. Derrida, La sécurité de l'emploi et le droit des procédures collectives, préc., n° 60.

(78) cf. supra n° 306.

(79) Crim. 6 février 1979, D. 1979, I. R., 422, obs. J. Pélissier.

(80) G. Lyon-Caen, L'intervention des salariés dans les procédures collectives, Colloque de Lille, préc., 97 ; M. Voisset, art. préc., Droit Social 1980, 287, spéc., p. 295.

(81) Pour la Chambre Commerciale (12 février 1980, D. 1980, I. R., 270, D. 1981, I. R., 1, obs. F. Derrida) les demandes présentées devant la juridiction des référés par un comité d'entreprise, des salariés et un syndicat, tendant à la désignation d'un mandataire de justice chargé de réunir et de communiquer divers renseignements utiles à la recherche d'une solution permettant le maintien de l'emploi des travailleurs, se heurtent à une contestation sérieuse dès lors qu'elle sont formulées au cours d'une procédure de liquidation de biens de l'entreprise.

(82) Selon A. Viandier (La notion d'associé, thèse, préc., n° 269), les salariés pourraient être les « participants de demain ».

II - LES POUVOIRS REELS DES SALARIES :

338 - Le caractère limité ou l'ineffectivité des pouvoirs accordés aux représentants des salariés par le Code du travail en matière économique, ainsi que le souci général de rechercher les moyens aptes à prévenir les difficultés des entreprises ont conduit les auteurs du Rapport Sudreau à proposer d'accorder au comité un véritable droit d'intervention et d'alerte (83). Après le vote d'une résolution en ce sens par les deux-tiers de ses membres, le comité d'entreprise aurait un pouvoir identique à celui des actionnaires et administrateurs minoritaires, des créanciers et des commissaires aux comptes, lui permettant de demander des explications aux dirigeants, puis de saisir le président du tribunal de commerce.

On a déjà vu comment les projets de loi successifs ont réduit les pouvoirs du comité d'entreprise à un seul droit d'interpellation des dirigeants dès lors que des indices des difficultés apparaissent (84). Le projet de loi n° 975, quant à lui, reconnaît un droit d'information et le pouvoir d'émettre des avis sur le plan social qui est ajouté au plan de redressement économique et d'apurement du passif dans la suspension provisoire des poursuites, et permet l'émission d'avis à propos du concordat (85). Ces projets de réforme, dont on a relevé le caractère extrêmement prudent (86) et qui ne constituent que des retouches de détail au droit des procédures de concours, n'ont ainsi pas l'ambition d'accorder des pouvoirs véritables aux salariés des entreprises en difficulté.

C'est, en revanche, dans la pratique des restructurations d'entreprises défaillantes que l'on peut déceler des exemples de tentatives de renflouement de l'unité économique et sociale réalisées, dans certains cas, par les salariés eux-mêmes.

C'est ainsi qu'à l'occasion de propositions de reprise d'entreprises en liquidation des biens, le plus souvent après une occupation des lieux de travail par les salariés (87), il est proposé au personnel de voter les dispositions relatives aux licenciements, ou bien les syndicats signent une « convention sociale » (88). Dans la plupart des cas, le plan d'une suspen-

(83) cf. supra n° 51 et s.

(84) projet de loi n° 974, supra n° 53.

(85) projet de loi n° 975, supra n° 258.

(86) J. Foyer, De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises, Etudes P. Azard, préc., 55, n° 9.

(87) cf. supra n° 325.

(88) ex : cas de la *Sté Dufour*, cf. supra n° 30.

sion provisoire des poursuites (89), voire un contrat de location-gérance ou un concordat, sont « négociés » avec les salariés. Ces pratiques informelles traduisent bien la nécessité de reconnaître à l'entité sociale un certain nombre de droits (90).

Les salariés peuvent aussi purement et simplement procéder au rachat de leur entreprise. On peut citer, à titre d'exemple le cas de la *Société Petitcollin* : à la suite de difficultés financières le bilan est déposé en 1970, une société de gérance est constituée, et résilie le contrat en 1973 ; l'activité est reprise après l'homologation d'un concordat en 1974, et une société de gérance est constituée pour le secteur du jouet en 1977. Mais en 1979, la direction de la Société décide de vendre le département jouet de l'entreprise afin de soutenir les activités restantes. A l'initiative du directeur de la Société de gérance les salariés acquièrent une partie des actions, ainsi que des commerçants et industriels de la région. Le Comité d'aménagement, de promotion et d'expansion de la Meuse convainc le syndicat mixte du département de la Meuse de financer la construction de nouveaux bâtiments en procédant à un emprunt auprès du Crédit Hôtelier, et la Banque populaire de Lorraine prête la somme nécessaire à l'achat du matériel et du fonds de commerce, avec l'aval d'une société de caution mutuelle (91).

Plus fréquemment, les salariés constituent une société coopérative ouvrière de production (92) avec le concours de divers organismes publics et de la Confédération générale des sociétés coopératives ouvrières de production. Le nombre de créations de S. C. O. P. est passé de 31 en 1975, 41 en 1976, 67 en 1977, 78 en 1978, à 130 en 1980, et il est notable

(89) cf. supra n° 250.

(90) Le projet de loi n° 975, précité, l'admet... au moins lorsqu'il faut faire accepter aux salariés une réduction des avantages acquis (art. 88 et 89 du projet), cf. supra n° 333. ; cf. l'amendement du groupe de la C. G. T. (rejeté) lors de l'adoption de l'avis du C. E. S. relatif à la conversion des entreprises industrielles (préc., supra n° 337) : « Enfin, les décisions de restructuration et les solutions industrielles de conversion doivent faire l'objet, au-delà de l'information nécessaire, de véritables négociations avec les organisations syndicales représentatives des salariés concernés » : cet avis admet que ces décisions « doivent faire l'objet de discussions préalables et approfondies avec le personnel de l'entreprise et ses représentants syndicaux » ; cf. supra n° 298 note 98, Trib. Com. Paris 6 octobre 1980.

(91) Le Monde 24 juillet 1979, p. 20 ; cf. un autre exemple : Le Monde Dimanche, 28 septembre 1980, p. V et supra n° 228 un cas de reprise d'une entreprise en difficulté par ses cadres.

(92) cf. supra n° 228 et l'exemple de la *Sté Lip* et *Sté Manufrance* supra n° 45 ; M. Tison, Des effets de la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 sur le financement des sociétés coopératives ouvrières de production (SCOP) et des sociétés coopératives de travailleurs (SCOT), Rev. Soc. 1981. 39 ; A. Antoni, La coopérative ouvrière de production, Confédération générale des sociétés coopératives ouvrières de production, 1980.

que la reprise d'entreprises défaillantes représente en 1980 un cinquième de ces constitutions de sociétés nouvelles (93).

A vrai dire, ces techniques de reprise, quelles qu'en soient les formes et les modalités, ne constituent pas vraiment l'exercice de pouvoirs par les salariés, mais plutôt une application du principe de la libre entreprise. Elles n'en sont pas moins significatives, dans le cas des entreprises en état de défaillance, du rôle actif des salariés face aux carences du chef d'entreprise et à l'impossibilité de procéder autrement au redressement d'une unité économique et sociale qui leur apparaît encore viable.

339 - En **conclusion de ce titre I** consacré à la permanence de l'entreprise, on peut constater que le droit positif s'attache de façon presque exclusive à la protection de l'unité économique, et assure la sauvegarde de l'autorité du chef d'entreprise dans le choix des mesures de redressement et leurs modalités financières et sociales.

Les droits collectifs des salariés sont pratiquement inexistants, et demeurent limités à la garantie du paiement de leurs salaires.

Faute d'assurer un certain équilibre entre les droits du capital et les droits du travail, au sein de l'entreprise, l'antagonisme latent provoque en période de crise des conflits graves et souvent insolubles. Aujourd'hui, le sort de l'entreprise ne peut être décidé en ignorant cette unité sociale qui en fait partie au même titre que l'unité économique. Le législateur s'est essentiellement préoccupé du passé (94) en assurant le paiement des salaires et a négligé l'avenir, c'est-à-dire le sort des contrats de travail et plus généralement de cette entité sociale. Or les hommes aspirent à plus de considération, plus d'équité et d'autonomie qu'autrefois, ainsi que le rappelait M. F. Bloch-Lainé (95), et leur refuser ces droits fondamentaux risque de favoriser le développement de situations de fait, elles-mêmes génératrices de difficultés graves (96).

L'objectif premier des techniques de renfouement de l'entreprise en difficulté, qui tend à assurer sa permanence au travers de la crise qu'elle

(93) Le Monde, 31 décembre 1980, p. 29.

(94) Y. Guyon, Les droits des salariés dans la liquidation collective des biens de l'entreprise, Droit Social, 1974, 138.

(95) F. Bloch-Lainé, L'entreprise dans les mutations de l'économie. Position du problème, Etudes P. Azard, préc., p. 27, n° 3 et s.

(96) cf. par ex. les problèmes récents en matière de grève : H. Sinay, La neutralisation du droit de grève ? Droit Social 1980, 250 ; G. Lyon-Caen, La recherche des responsabilités dans les conflits du travail, D. 1979, Chr., 255 ; A. Ramin, Exercice du droit de grève et responsabilité civile, Droit Social 1980, 537, J. Savatier, La responsabilité civile des syndicats à l'occasion des grèves, Droit Social 1980, 545.

rencontre, se trouve ainsi réalisé par la seule recherche de la pérennité de l'unité économique en lui sacrifiant au besoin l'emploi des salariés qui ne sont plus utiles.

Il convient cependant de dépasser cette approche et de prendre conscience de l'impossibilité de dissocier cet objectif de celui de la protection d'intérêts plus larges qui sont ceux des créanciers et de la collectivité régionale ou nationale.

TITRE II.

La protection d'intérêts « publics »

340 - Le redressement d'une entreprise en difficulté n'a des chances d'être réalisé qu'avec le concours de ses créanciers. Ces derniers représentent en réalité des intérêts individuels, même si certains d'entre eux comme le Trésor ou la Sécurité Sociale font valoir les droits de la collectivité. Il convient cependant de faire porter cette étude sur les droits des créanciers entendus collectivement et, pour cette raison, il est possible de les qualifier de « publics ». Leur attitude, leurs pouvoirs, et la mise en oeuvre des prérogatives qu'ils détiennent du fait de leur qualité même, influent directement sur le sort qui sera réservé à l'entreprise défaillante. Ces rapports entre le débiteur et ses créanciers ne sont pas tout à fait identiques dès lors qu'une procédure de concours est engagée, et l'on se souvient que ces procédures tentent de faire prévaloir le principe d'égalité de leurs droits sur celui du privilège du créancier premier saisissant. Les techniques de renflouement extra-judiciaires, qui essaient elles aussi de concilier les droits des créanciers avec l'objectif de la permanence de l'entreprise, ne peuvent être mises en oeuvre efficacement que grâce à l'acceptation d'un véritable plan de redressement par la plupart des créanciers.

Il est ainsi possible de constater que le phénomène de la défaillance d'une entreprise ne peut être dissocié de l'exercice des pouvoirs des créanciers, et que l'absolutisme de leurs droits peut conduire à privilégier leurs seuls intérêts à court terme.

De même, et particulièrement dans la période la plus récente, les conséquences économiques, sociales et politiques des difficultés de certaines entreprises ont favorisé la multiplication des aides financières publiques. On assiste à un développement considérable des voies par lesquelles les fonds de la collectivité nationale sont dispensés afin d'opérer le renflouement de certaines entreprises. L'intérêt général – envisagé sous son aspect local, régional ou national – commande bien souvent, et notamment en période de crise économique et d'accroissement du chômage, une intervention directe des pouvoirs publics, qui agit en complément des

sacrifices imposés aux créanciers et aux salariés.

Les dispositions applicables aux entreprises menacées ne relèvent plus exclusivement des règles du droit privé, sans pour autant se trouver complétées par un corps de normes de droit public, que l'on a proposé de qualifier de « droit administratif de la faillite » (1). Les réformes en cours de discussion ne s'orientent pas dans cette direction, mais il faudra bien un jour réaliser cette codification des interventions administratives si l'on veut enfin respecter le principe de l'égalité devant les charges publiques.

Les nombreuses techniques de renfloement des entreprises en difficulté ne peuvent ainsi assurer leur permanence qu'à la condition de se trouver en accord avec l'objectif de la protection de ces intérêts « publics », c'est-à-dire en prenant en compte les intérêts de leurs créanciers et ceux de la collectivité nationale et régionale.

(1) J. Foyer, de l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises, *Etudes P. Azard*, préc., p. 55, n° 6.

CHAPITRE I.

L'INTERET DES CREANCIERS

341 - La protection des intérêts des créanciers constitue l'un des pôles de l'ensemble des techniques de renflouement. Si elle connaît son efficacité la plus grande en dehors des procédures de concours, elle n'en demeure pas moins décisive dans la mise en oeuvre de ces dernières.

Pendant longtemps cette protection a été considérée comme le seul objectif de ces techniques, et l'on estimait qu'il fallait être économe de temps et de procédure puisqu'un paiement tardif n'est jamais un paiement complet (1).

Puis, dans le cadre d'une conception plus économique de ces questions, on a assigné aux procédures collectives des finalités plus complexes et diversifiées tenant à la fois à la satisfaction des créanciers et à la recherche de la survie de l'entreprise défaillante. Une évolution similaire s'est produite aussi pour les techniques extra-judiciaires qui tentent de concilier ces intérêts divergents par le moyen de véritables plans de redressement négociés avec les créanciers les plus importants et parfois avec les salariés ainsi que les pouvoirs publics.

La recherche des moyens propres à assurer la permanence de l'entreprise au travers de la crise grave qu'elle rencontre a certes un peu affaibli le rôle des créanciers, mais il serait inexact de croire que là réside l'explication de l'importance du montant des passifs produits dans le cadre des procédures collectives (2) ou de l'extrême fréquence des clôtures pour insuffisance d'actif (3), rendues nécessaires par l'impossibilité d'assurer le

(1) Treilhard, cité par le Baron Locré. La législation civile et commerciale de la France, Paris, 1830, T. XIX, p. 553.

(2) cf. supra n° 13 et infra Annexes.

(3) cf. supra n° 3 et infra Annexes.

paiement de la quasi-totalité du passif. En réalité les causes d'une telle situation doivent être recherchées plutôt dans le défaut de diffusion des signes annonciateurs de l'état de cessation des paiements et dans l'absence de techniques de prévention.

Le droit positif assigne ainsi un rôle primordial aux créanciers, qui se trouve bien souvent en contradiction avec la recherche du redressement de l'entreprise, sans parvenir en réalité à sauvegarder les droits des uns et l'existence de l'autre. On peut dès lors se demander s'il ne conviendrait pas de transformer les pouvoirs des créanciers, sans pour autant que leurs droits ne soient remis en cause ? C'est ce que certaines propositions de réforme projettent de réaliser. En attendant de telles modifications du droit positif, on peut constater que nombre de créanciers essaient par divers moyens de se prémunir contre le risque d'une défaillance de leurs débiteurs. En ayant recours au crédit-bail, à l'assurance-crédits, ou encore en insérant dans les contrats des clauses de réserve de propriété, par exemple, certains créanciers réduisent à l'avance leurs risques et réalisent eux-mêmes la protection de leurs intérêts.

SECTION I - LA PROTECTION DE L'INTERÊT DES CREANCIERS :

342 - La protection de l'intérêt des créanciers lorsque leur débiteur se trouve en état de défaillance, mais encore *in bonis*, demeure extrêmement importante. Leur attitude est même décisive pour le redressement ou l'aggravation de la situation, et elle dépend du crédit dont dispose l'entreprise ainsi que du degré de confiance qu'ils accordent à ses dirigeants.

Avant de contracter, les créanciers peuvent se faire consentir des sûretés, en particulier celles qui grèvent le patrimoine personnel du principal responsable des petites et moyennes entreprises (4), et la fréquence de leur nombre est attestée en pratique, notamment à l'occasion de l'obtention de crédits bancaires (5). Ils ont surtout la possibilité d'accorder ou de refuser un report d'échéance, des délais de paiement, un concordat amiable (6) ou un nouveau crédit (7). Ils bénéficient aussi de mesures de pro-

(4) En cas de défaillance grave de l'entreprise, la ruine des dirigeants et principaux associés est ainsi assurée, beaucoup plus souvent qu'en application de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967.

(5) Y. Bachelot, Les garanties demandées par les banques, Colloque 7-8 mai 1977, préc., Rev. Jurisp. Com. 1977, 263.

(6) cf. supra n° 127 et s.

(7) cf. supra n° 105 et s.

tection, notamment en matière de location-gérance, puisqu'ils peuvent demander au tribunal la déchéance du terme (8) et que le bailleur, à certaines conditions, demeure responsable solidairement avec le locataire-gérant au cours des six premiers mois (9) ; enfin à l'occasion d'une opération de fusion, ils ont un droit d'opposition (10).

Ces quelques exemples attestent du rôle important des créanciers lorsque l'entreprise se trouve en état de défaillance sérieuse, antérieurement au constat de la cessation des paiements. Mais, en réalité, leur liberté d'action connaît quelques limites.

343 - En premier lieu, à l'occasion de ces négociations entre le débiteur et ses créanciers tendant à lui accorder des délais de paiement, des remises ou de nouveaux crédits, les parties en présence peuvent menacer d'avoir recours aux procédures de concours, ou bien grâce au dépôt du bilan opéré par le débiteur ou bien par une assignation en liquidation des biens de la part des créanciers. L'adhésion de ces derniers à un moratoire, tout comme les nouveaux sacrifices imposés au débiteur ne sont ainsi pas vraiment libres : à des rapports strictement juridiques s'ajoute l'existence de rapports commerciaux préexistants qu'il est fréquemment indispensable de maintenir.

Mais, en pratique, lorsque l'entreprise connaît des difficultés déjà sérieuses, la question du paiement de tel créancier ou de l'octroi d'un crédit nouveau n'est pas analysée à l'état isolé : tout un processus de redressement global est engagé, avec une négociation et une participation des principaux créanciers, en particulier avec l'aide active des banques (11). On a montré (12) cette transformation progressive des diverses techniques de renfouement extra-judiciaires en véritables plans de redressement complet de l'entreprise avec le concours de la plupart des créanciers.

En second lieu, la conception stricte du secret des affaires (13) interdit aux créanciers d'avoir connaissance à temps de l'aggravation de la situation financière de leur débiteur : ils risquent, en contractant, de rejoindre le lot des victimes toutes désignées des procédures collectives que sont

(8) cf. supra n° 213.

(9) cf. supra n° 216.

(10) cf. supra n° 307.

(11) cf. supra n° 118.

(12) cf. supra 1ère Partie.

(13) C. Gavalda, *Le secret des affaires*, Mélanges offerts à R. Savatier, Dalloz, 1965, 291, n° 29.

les créanciers chirographaires, à moins d'exiger des sûretés. L'intérêt des créanciers, tout comme celui du crédit en général, commande une meilleure diffusion des informations relatives à l'état réel de l'entreprise, en ne se fiant plus seulement à une solvabilité apparente, parfois trompeuse. Afin de mesurer leurs concours à l'état réel de l'entreprise, et surtout pour se prémunir contre une dégradation future, les praticiens ont parfois recourus à ce qu'il est convenu de nommer des sûretés négatives (14). Certaines d'entre elles obligent l'emprunteur à tout faire pour conserver sa valeur au droit de gage général des créanciers et notamment en ne prenant pas de charges nouvelles, en ne vendant pas certains biens ou en ne consentant pas de nouvelles sûretés ; à ces sûretés négatives génératrices d'un droit de **veto** (15) s'ajoutent aussi celles qui offrent au créancier un droit de regard sur la gestion du débiteur, en lui imposant ou bien de répondre aux questions posées sur l'état de son patrimoine et sa gestion, ou bien d'avertir le créancier lorsqu'il effectue une opération importante de gestion, comme la réalisation d'actifs immobilisés ou la mise en location-gérance du fonds. L'efficacité de ces sûretés demeure cependant assez réduite et elle réside principalement dans l'aspect préventif de cette sorte de « tutelle » qui est ainsi indirectement imposée au débiteur. En particulier les hypothèses dans lesquelles un droit de regard est prévu permettent de déceler la survenance d'indices graves de difficultés ; cet « accès à la comptabilité du débiteur » constitue peut-être « l'une des meilleures sûretés du droit des affaires » (16), mais il contient aussi une véritable immixtion dans la gestion qui n'est pas sans risque pour le créancier, et s'avère en plus inefficace dès lors que l'état de cessation des paiements est latent.

344 - Dans la conception traditionnelle des procédures de concours, la protection des créanciers chirographaires est assurée grâce au principe fondamental d'égalité : « une faillite est un naufrage, le sort de tous doit être égal » (17). C'est d'ailleurs cet objectif qui a été historiquement à l'origine de l'institution de ces procédures (18) et cette égalité

(14) Y. Chaput, Les sûretés négatives, *Annales de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand*, 1974, 167.

(15) P. Pastaud, L'efficacité des sûretés réelles en droit des affaires. Thèse, Limoges, 1979, dactyl., p. 220 et s. ; Rodière et J. L. Rives-Lange, *Droit bancaire*, 3^e éd., 1980, n° 233-8 et s.

(16) E. du Pontavice, Colloque du Centenaire de l'hypothèque maritime en France, Paris 1974, T. II, 81, cité par P. Pastaud, thèse, préc., p. 243.

(17) Baron Locré, op. cit., p. 450.

(18) J. P. Haehl, Histoire des techniques d'exécution collectives en droit commercial, *Annales de la Faculté de Droit de Lyon*, 1980, 11.

– considérée comme l'âme des faillites – constitue un facteur de crédit fondamental.

Depuis les dernières réformes intervenues en ce domaine en 1967, les finalités des procédures de concours sont en même temps axées sur l'objectif de la survie des entreprises qui sont encore viables. Le rôle et le pouvoir des créanciers demeure cependant primordial, puisqu'ils peuvent provoquer l'ouverture de la procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens (19) ou de celle de suspension provisoire des poursuites si leur créance représente quinze pour cent du passif (20). Les créanciers chirographaires ont de plus la haute main sur le concordat, dont ils peuvent – en refusant de le voter – empêcher la réalisation (21).

345 - L'objectif de la survie de l'entreprise a cependant conduit à réduire les droits des créanciers antérieurs à la procédure collective au profit du paiement prioritaire de ceux qui lui sont postérieurs, afin d'assurer à l'entreprise, au cours de cette phase délicate, un certain crédit et lui permettre de poursuivre son activité, si le tribunal l'a autorisée. Le rang préférentiel accordé aux créanciers dits « de la masse » ne correspond d'ailleurs qu'à un sacrifice relatif et provisoire de ceux qui sont dans la masse, puisque la continuation de l'exploitation pendant le déroulement de la procédure est considérée comme le moyen de favoriser le redressement futur et ainsi l'apurement prochain du passif antérieur. Ce besoin d'accorder un crédit à l'entreprise pendant le déroulement de la procédure s'est manifesté à propos des dettes dites « de curatelle » pendant la suspension provisoire des poursuites. Le projet de loi n° 975, au moins pour les opérations courantes nécessaires à la poursuite de l'exploitation, propose d'instituer un droit de priorité au profit de cette catégorie de créanciers (22), tout comme il suggère de substituer des garanties pour préserver les droits des créanciers titulaires de sûretés spéciales lorsqu'il s'avère nécessaire de réaliser le bien grevé.

(19) cf. *infra* Annexes ; pour le Tribunal de commerce de Paris, en 1979, 15,46 % des règlements judiciaires déclarés l'ont été sur assignation (contre 70,8 % sur dépôt de bilan et 4,21 % d'office), 48,42 % des liquidations des biens déclarées l'ont été sur assignation (contre 34,29 % sur dépôt de bilan et 3,8 % d'office) ; pour l'ensemble des procédures ouvertes en 1975 (Compte général de la Justice, *préc.*, p. 632), 61,9 % l'ont été sur poursuite des créanciers, 32,52 % sur déclaration des débiteurs et 5,48 % d'office.

(20) art. 7 Ord. du 23 septembre 1967.

(21) cf. *supra* n° 291.

(22) cf. *supra* n° 261.

346 - Mais c'est surtout la force et le poids des créanciers privilégiés qui réduit le rôle des créanciers chirographaires. Si la jurisprudence a suspendu leurs poursuites jusqu'à la vérification des créances (23), les créanciers bénéficiaires de sûretés réelles spéciales peuvent poursuivre la réalisation des biens ensuite et empêcher ainsi la survie de l'entreprise au moyen d'un concordat. Leurs droits légitimes doivent être préservés, mais on a fait remarquer – à juste titre – que ces créanciers ne sont titulaires que de créances à moyen ou à long terme (24). L'exigibilité immédiate attachée au jugement prononçant le règlement judiciaire transforme leurs créances en passif à court terme et le droit de poursuivre après la vérification des créances leur permet d'obtenir un remboursement immédiat de la totalité de leur créance. La perspective du redressement de l'entreprise, tout comme l'intérêt des autres créanciers, commande sans doute que l'on prévienne, par une modification des articles 35 et 38 de la loi du 13 juillet 1967, la possibilité d'offrir à ces créanciers l'exécution exacte de la convention qui avait donné naissance à leur créance, aux échéances initialement prévues et sans qu'ils puissent tirer avantage de la procédure de concours pour être réglés immédiatement et en totalité.

Le projet de loi n° 975 ne fait pas sienne une telle proposition, et prévoit au contraire la possibilité pour les créanciers bénéficiaires de sûretés réelles spéciales de reprendre leurs poursuites individuelles un an après le jugement de règlement judiciaire, même s'ils n'ont pas été admis. Un aménagement de la situation de cette catégorie de créanciers s'avère cependant indispensable, si l'on veut concilier l'intérêt de l'ensemble des créanciers avec celui de l'entreprise.

347 - Enfin, la jurisprudence récente (25) appliquant le privilège du Trésor, ainsi que tous les privilèges spéciaux, aux sommes versées par les dirigeants sociaux condamnés à combler l'insuffisance d'actif (26), complète cette mise à l'écart des intérêts des créanciers chirographaires. Les syndics risquent fort de n'être plus que des agents de recouvrement du Trésor

(23) cf. supra n° 291.

(24) F. Derrida, *Le crédit et le droit des procédures collectives*, préc., n° 10 et 11.

(25) Com. 7 mai 1979, D. 1979, 431, note F. Derrida et J. P. Sortais, *Rev. Soc.* 1980, 550, note A. Honorat et P. Guetta, *Rev. Jurisp. Com.* 1980, 230 note J. Sentex, et sur renvoi, dans le même sens, Lyon 5 décembre 1980 D. 1981, 141 note F. Derrida et J. P. Sortais ; solution reprise par Com. 9 juin 1980, J. C. P. 1980, IV, 322, D. 1981, I. R., 5, obs. F. Derrida, contra : Trib. Com. Paris 16 juillet et 20 août 1980, *ibid.* ; *adde* : R. Rodière, *L'action en comblement du passif et le Trésor* (Pour le respect des privilèges généraux et de leur droit de préférence), J.C.P. 1981, D, 3 002.

(26) cf. supra n° 323.

et de la Sécurité Sociale et des autres créanciers titulaires de sûretés, et les procédures collectives, compte tenu du nombre des clôtures pour insuffisance d'actif et du montant dérisoire de l'actif à distribuer aux créanciers chirographaires, marqueront l'écrasement total de ces derniers (27).

La prééminence des intérêts des créanciers privilégiés dans l'application des procédures de concours porte atteinte gravement aux droits des créanciers chirographaires, au point que l'on a même proposé la suppression des privilèges (28), et aussi aux chances de survie de l'entreprise.

Il est dès lors inévitable d'envisager une modification du droit positif et on peut constater que sans attendre ces réformes les créanciers eux-mêmes tentent de transformer, en pratique, leurs droits dans le sens d'une plus grande efficacité.

SECTION 2 - LES TRANSFORMATIONS DES MODES DE PROTECTION DE L'INTERÊT DES CREANCIERS :

348 - La première réforme envisageable consisterait à transformer les règles actuellement applicables dans le cadre du concordat. Les créanciers privilégiés, tout comme les créanciers chirographaires, pourraient ne plus avoir qu'un pouvoir consultatif (29) en ce domaine, ou bien ne seraient même plus consultés. Par un emprunt des règles relatives au plan dans la suspension provisoire des poursuites, qui est admis par le seul tribunal et s'impose à tous les créanciers, on assurerait une égalité totale entre eux, tout en réduisant considérablement les prérogatives essentielles des créanciers bénéficiant de privilèges. En fait, cette dernière proposition supposerait pour être admise une refonte totale du droit actuel des procédures de concours, et ne constituerait dès lors que l'un des éléments d'un projet extrêmement nouveau.

Il est semble-t-il plus réaliste, dans l'immédiat, de s'orienter dans la direction de l'admission d'une véritable « politique » de prévention des difficultés, ou plutôt de leur aggravation lorsque les premiers signes annoncent leur gravité. Si une telle réforme était menée à bien, et avec efficacité, elle permettrait aux créanciers de protéger leur gage et à l'entreprise de ne pas poursuivre une exploitation ruineuse pour elle, ses salariés et

(27) F. Derrida, art. préc. (supra n° 346), n° 3.

(28) H. Rossignol, L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges, XVII^e Congrès des Syndics et Administrateurs, Orléans 28-30 septembre 1978, Gaz. Pal. 1978, II, D., 612.

(29) cf. supra n° 293.

son environnement. On sait déjà que le Rapport du Comité présidé par M. Sudreau (30) avait proposé d'instituer un droit d'intervention interne et externe au profit des créanciers, aboutissant à la saisine du Président du tribunal de commerce. Cette suggestion n'a pas reçu un accueil très favorable, en raison des atteintes qu'elle risquait de porter au crédit de l'entreprise et au pouvoir de direction des chefs d'entreprise, et s'est trouvé abandonnée dans les projets de loi qui ont fait suite à ce Rapport.

C'est bien pourtant dans ce domaine que figurent les mesures les plus efficaces qui permettraient aux créanciers de mesurer – grâce à une exacte information de la situation réelle de l'entreprise – leurs concours à la capacité financière et économique de leur débiteur, et de pouvoir prendre conscience à temps de la nécessité de faire en sorte que la dégradation réelle de la situation soit arrêtée alors que des mesures de renfouement sont encore possibles. La « stratégie économique et la justice sociale ne peuvent plus s'accommoder d'un hermétisme absolu des commerçants et industriels sur leurs affaires » (31) et il faudra bien un jour dépasser cette conception archaïque du secret des affaires – sauf bien sûr pour ce qui relève de la tactique industrielle et commerciale – dans l'intérêt bien compris des créanciers, des salariés et de l'entreprise elle-même.

Sans attendre, il semble bien que rien ne s'oppose à ce que les créanciers puissent solliciter la nomination judiciaire d'un administrateur provisoire (32) lorsque la continuité de l'exploitation se trouve sérieusement menacée. Mais, même en l'admettant, cette intervention serait bien souvent trop tardive pour être vraiment efficace et elle ne permettrait sans doute qu'une saisine plus précoce du tribunal et l'ouverture d'une procédure collective.

Pour l'instant, cette situation provoque un foisonnement d'actions en responsabilité, aussi bien à l'encontre des banques (33) que vis-à-vis des commissaires aux comptes, lorsque des négligences graves dans l'exercice de leur mission on fait « perdre une chance » (34) aux créanciers d'être payés, ou encore à l'encontre des fournisseurs ayant octroyé des crédits à

(30) cf. supra n° 51 et s.

(31) C. Gavalda, *Le secret des affaires*, préc., n° 39.

(32) cf. supra n° 203 et 204.

(33) cf. supra n° 109 et s. ; Conférence générale des tribunaux de commerce, 21 novembre 1980, Versailles, Rapports généraux de synthèse par M. Paul du Roure, 1ère question, p. 1 et s.

(34) Trib. gr. inst. Le Havre 15 novembre 1979, Bull. cons. nat. com. comptes 1980, 44 ; cf. supra n° 9 ; J.C. Boulay, L'obligation du commissaire aux comptes de révéler les faits délicatueux, *Rev. Soc.* 1980, 443.

des entreprises en situation désespérée (35), et des syndics (36).

De plus, la Chambre commerciale a admis que « l'action individuelle en réparation du préjudice subi par chaque créancier personnellement ne peut être intentée par celui-ci que pour un préjudice distinct de celui causé à la masse ou dont l'indemnisation reste incomplète à raison de l'insuffisance des réparations et dividendes » (37), et la Cour de Paris (38) a admis le concours des actions **ut universi** et **ut singuli**, mais non leur cumul.

Cette multiplication des actions en responsabilité traduit non seulement la fin de l'impunité dont bénéficiaient les auteurs de certaines fautes graves, mais correspond aussi à l'inefficacité croissante des procédures de concours pour assurer le paiement des créanciers, y compris de ceux bénéficiant de privilèges.

349 - Les créanciers peuvent dès lors être conduits, lorsque cela leur est possible, à rechercher le moyen de transférer tout ou partie des risques à la charge des tiers, en particulier en recourant à l'assurance-crédits ou à l'affacturage, ou à aménager les contrats de vente au moyen d'une clause de réserve de propriété ou bien encore par le recours à la technique de la location-vente.

L'assurance des crédits commerciaux (39) permet au vendeur à crédit de se garantir contre le risque d'insolvabilité future de son débiteur (40), à moins que le débiteur lui-même ne souscrive une assurance pour le compte de son créancier afin de couvrir sa propre défaillance (41). Elle est

(35) Conférence générale des tribunaux de commerce, préc., p. 17 ; Trib. Com. Rennes 24 octobre 1975, Rev. Jurisp. Com. 1976, 174, note J.P. Sortais, Nancy 15 décembre 1977, J.C.P. 1977, II, 12824, note J. Stoufflet, Trib. com. Nancy 6 février 1978, Rev. Jurisp. Com. 1978, 230, note L. Lévy.

(36) Trib. gr. inst. Dieppe 21 juin 1979, Rev. Jurisp. Com. 1980, 153, note N. Fricéro-Goujon ; Com. 27 novembre 1978, D. 1979, I.R., 236, obs. A. Honorat ; pour le problème de la compétence d'attribution des tribunaux civils, cf. Com. 9 juillet 1979, D. 1980, I.R., 1, obs. F. Derrida, Caen 2 novembre 1979, D. 1980, I.R., 283, obs. A. Honorat, et Com. 16 juin 1980, J.C.P. 1980, IV, 335, lorsqu'il a commis des fautes personnelles. *adde* : obs. F. Derrida sous Com. 12 janvier 1981, D. 1981, I. R., 223.

(37) Com. 3 janvier 1979, préc., supra n° 109.

(38) Paris 19 février 1979, préc., supra n° 109 ; Riom 13 février 1980, Banque 1980, 1036, obs. L. M. Martin., D. 1981, I.R., 23, obs. M. Vasseur.

(39) Y. Lambert-Faivre, Assurances des entreprises et des professions, Dalloz, 1979, n° 555 et s. ; R. Rodière et J.L. Rives-Lange, Droit bancaire, préc., n° 233-7.

(40) Il existe aussi une assurance-aval, ou dite « au paiement à l'échéance », qui permet de faire couvrir par l'assureur le risque de trésorerie du créancier, dès lors qu'une créance est mobilisée par la création d'un effet de commerce.

(41) Le débiteur peut aussi recourir à l'assurance-cautionnement pour en garantir la bonne exécution, sans parler de l'assurance-vie invalidité, ou encore de l'assurance de responsabilité des mandataires sociaux (pour cette dernière cf. supra n° 22 et infra Annexes).

en général pratiquée par des compagnies d'assurances spécialisées, et permet de garantir les risques commerciaux normaux à court terme, c'est-à-dire accessoires à une vente de marchandises ou à une prestation de services de commerçant à commerçant. Cependant, l'assureur doit agréer les crédits garantis, ou bien tacitement dans la limite d'un découvert fixé au contrat, ou bien par client dénommé, ce qui lui permet de repousser les créances les plus dangereuses. Il ne garantit les dommages qu'en cas de perte définitive causée par l'insolvabilité du débiteur, sous réserve d'une franchise ou d'un plafond annuel de garantie, et en laissant en général à la charge de l'assuré une quotité de pertes, afin de l'inciter à la prudence dans le choix de ses co-contractants. Le règlement du sinistre n'intervient qu'avec retard, puisqu'il faut un cas d'insolvabilité qui en ce domaine se trouve constatée, selon les polices, lors de l'homologation du concordat, l'admission du plan, la clôture de l'union ou enfin en cas de pacte amiable approuvé par l'assureur. La prime est calculée sur le chiffre d'affaires de l'année, puisque le créancier doit s'engager à appliquer à l'assurance l'ensemble de ses opérations, et on évalue son coût entre 1,20 et 2,80 % des créances garanties (42). Le recours à l'assurance-crédit ne permet donc pas au créancier de se prémunir intégralement contre tous les risques, mais il convient de noter que l'assureur joue un rôle de conseil et de contrôle dans la sélection des clients (43) d'une manière assez voisine de celui que l'on rencontre dans le cas de l'affacturage.

L'affacturage, ou factoring (44), en ayant recours à la technique de la subrogation conventionnelle, par laquelle le créancier transfère ses créances, permet de faire peser sur le factor le risque de non paiement à l'échéance par le débiteur. A la différence de l'assurance-crédits, le règlement s'effectue dès le transfert de la créance, en général par l'intermédiaire d'un compte-courant, et il porte sur l'intégralité de son montant, déduction faite de la commission. Cette dernière peut varier de 1,25 à 3 % et il s'y ajoute le paiement des intérêts correspondant aux règlements anticipés, c'est-à-dire au total environ 13 % ; on a cependant relevé que le créancier, grâce au factor, économise environ 10 % du montant des créan-

(42) P. Pastaud, thèse, préc., p. 298.

(43) Les assureurs, comme les banques, tiennent à jour des « listes noires » des mauvais payeurs ; Paris 8 juin 1977, D. 1978, I.R., 204, obs. C. Larroumet, qui condamne l'assureur, qui s'était réservé le droit de dénoncer à tout moment la garantie concernant les clients de l'assuré, et avait retiré sa garantie sans raison sérieuse, cette « décision risquant de ruiner ledit client, qui n'étant pas partie au contrat d'assurance, est privé de toute possibilité de discussion avec l'assureur comme de toute action née dudit contrat » ; cf. Conférence générale des tribunaux de commerce, 21 novembre 1980, préc., p. 17.

(44) R. Rodière et J. L. Rives-Lange, op. cit., n° 299 et s. ; P. Pastaud, thèse préc., p. 290 et s.

ces qu'il transmet et que le coût final de l'affacturage est ainsi moins élevé qu'il n'y paraît (45).

Comme pour l'assurance-crédits, le créancier s'engage dans l'affacturage à subroger toutes ses créances, mais avec souvent une clause de sélection, et il bénéficie des services d'information du factor sur ses clients ainsi que de conseils de gestion. Cette méthode provoque l'élaboration de nouvelles techniques de gestion et se trouve favorisée par la création d'un moyen simplifié de cession des créances professionnelles (46), issue de la loi du 2 janvier 1981, qui permet la transmission des créances représentées par les factures par la seule remise d'un bordereau spécial contenant les mentions exigées par la loi nouvelle (47).

Le débiteur peut aussi recourir au crédit-bail (48), utilisé pour les investissements en matériel d'équipement et en outillage ainsi que pour les immeubles à usage professionnel. Il s'agit plus d'un moyen de financement que d'une garantie, mais il permet au loueur, sous réserve des difficultés déjà signalées lors de la survenance d'une procédure de concours (49), ou à propos des clauses pénales (50), de réduire ses risques. La généralisation de cette technique de financement rend difficile la continuation de l'exploitation dans le cadre des procédures collectives (51) et réduit sérieusement l'importance de l'actif « apparent » du débiteur vis-à-vis de ses autres créanciers. On peut d'ailleurs envisager le cas d'une responsabilité de la société de crédit-bail à l'égard des créanciers du débiteur, si, sans tenir compte des moyens de celui-ci d'en supporter la charge, elle lui a laissé conclure des contrats qui ne pouvaient, en raison de leur charge, que le conduire à la ruine (52).

Le recours par le vendeur à la clause de réserve de propriété a connu

(45) P. Pastaud, thèse préc., p. 298.

(46) Loi 81-1 du 2 janvier 1981, J. O., 3 janvier 1980, 150, J.C.P. 1981, III, 50734, D. 1981, L., 40 ; commentaire de J.F. Barthélémy, *Revue des Juristes d'affaires du Droit de l'Entreprise (J.A.D.E.)* n° 1, février 1981, 4 (publication trimestrielle de l'Association des Etudiants Juriste d'affaires de Lyon, Université Jean Moulin) ; C. Gavalda, D. 1981, Chr., 199.

(47) Rapport E. Dailly, sur cette proposition de loi, Sénat, n° 324, 19 juin 1980, p. 19.

(48) R. Rodière et J.L. Rives-Lange, op. cit., n° 329 et s., et les réf. citées.

(49) Com. 16 mars 1976, D. 1976, 646, 23 novembre 1977, D. 1977, 69, note F. Derrida.

(50) Civ. 3° 6 décembre 1978, D. 1980, 217, note D. Landraud.

(51) B. Soinne, *Problématique de la continuation d'exploitation dans les procédures collectives en droit commercial*, Colloque de Lille, 1978, préc., p. 39 et s.

(52) Conférence générale des tribunaux de commerce, 21 novembre 1980, préc. p. 17.

un regain d'actualité avec la loi du 12 mai 1980 (53) qui, à certaines conditions, la rend opposable en cas de procédure collective de droit commun. Bien qu'elle ne soit pas d'une commodité aussi réelle qu'on pourrait le penser dans sa mise en oeuvre, elle peut avoir des incidences importantes sur la survie de l'entreprise, en obligeant le syndic à régler l'intégralité de la créance dans les quatre mois suivant l'ouverture de la procédure si les biens sont utiles à la poursuite de l'exploitation, et peut conduire de façon plus générale à une réduction du crédit inter-entreprises (54). Le vendeur demeure ainsi assuré de pouvoir faire coïncider le transfert de la propriété avec le règlement de l'intégralité du prix, même lorsque l'acheteur connaît de sérieuses difficultés. (55).

Ce nouveau moyen d'évitement des risques est révélateur de ces transformations des modes de protection de l'intérêt des créanciers.

350 - En conclusion de ce chapitre I, on peut constater que l'intérêt des créanciers demeure primordial, et qu'en dépit de l'efficacité considérable de leurs pouvoirs en dehors et dans le cadre des procédures collectives, on assiste à une diversification des techniques juridiques qui sont utilisées pour tenter de mieux assurer la sécurité et l'efficacité de leurs droits.

Un tel phénomène, assez récent dans l'étendue de ses applications pratiques, doit inciter à la réflexion : il devient indispensable de déterminer plus exactement les rôles respectifs de l'intérêt des créanciers et de celui de l'entreprise. Les procédures collectives ont failli à leur mission de

(53) cf. supra n° 22 les références de la loi et ses premiers commentaires : *adde* : E. du Pontavice, Intérêts et limites de la clause de réserve de propriété, Banque 1980, 1097 et n° suivants ; Conférence générale des tribunaux de commerce, 21 novembre 1980, préc., 2^e question (rapport Roure), p. 28 et s. ; J. Ghestin, Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, D. 1981, Chr., 1 ; C. Bacrot, J. Ghestin, J. Bret et J. M. Mousseron, Cahiers de droit de l'entreprise 1980, n° 6 ; Acquaviva et C. Bacrot, La clause de réserve de propriété en droit des affaires, Gaz. Pal. 2 décembre 1980 ; M. Pédamon, La réserve de propriété en droit allemand, Gaz.-Pal. 6 janvier 1981, 4 ; D. Von Breitenstein, La clause de réserve de propriété et le risque d'une perte fortuite de la chose vendue, Rev. trim. dr. com. 1980, 43 ; Y. Chabut, Les clauses de réserve de propriété, J.C.P. 1981, éd. C.I., II, 13444 et J.C.P. 1981, éd. G., D, 3017 ; cf. Trib. Com. Nice 27 octobre 1980, D. 1981, I.R., 9, obs. F. Derrida ; Metz 29 octobre 1980, D. 1981, 138, note Y. Guyon ; Com. 8 mai 1979, D. 1981, 212, note M. Beaubrun.

(54) cf. supra n° 78 et 122.

(55) L'utilisation de telles clauses est plus fréquente, semble-t-il, depuis la loi du 12 mai 1980 (Rép. Min. n° 39455, J. O. Déb. Ass. Nat., 2 février 1981, 490) ; pour le Ministre de la Justice (Rép. Min. n° 41433, J.O. Déb. Ass. Nat., 23 mars 1981, 1277) « toute règle de publicité autre que l'information comptable risquerait de rendre impraticables les clauses de réserve de propriété... Il est douteux que cette publicité puisse constituer une mesure d'information efficace pour les tiers qui, en toute hypothèse, doivent être amenés à ne plus se fonder, dans leurs relations d'affaires, sur le crédit apparent de la personne avec laquelle ils entendent contracter ».

répartition des actifs, faute d'une saisine suffisamment précoce des tribunaux ; les techniques extra-judiciaires de redressement ont transformé les initiatives individuelles en véritables plans de redressement acceptés par les principaux créanciers, et les moyens d'évitement ou de transfert des risques se développent par suite de l'inefficacité des autres techniques. Ce ne sont pas les quelques « retouches de détail » (56) apportées aux procédures actuelles par les actuels projets de réforme qui seront en mesure de résoudre ces difficultés. Bien au contraire, ainsi qu'on l'a relevé à propos des pouvoirs des salariés, une transformation des pouvoirs des créanciers doit être réalisée dans le cadre des procédures de concours, en conférant aux tribunaux des fonctions plus précises de magistrature économique. Il n'en demeure pas moins indispensable d'orienter les recherches dans la voie d'une reconnaissance d'un droit d'intervention des créanciers, et des salariés, dans la vie de l'entreprise dès l'apparition de signes préoccupants de difficultés, après avoir levé les barrières qui retiennent captives nombre d'informations utiles.

Il serait dès lors possible d'assurer aux créanciers de véritables droits, et de protéger efficacement cette catégorie d'intérêts « publics ». Mais il convient aussi de ne pas sous-estimer l'importance croissante d'intérêts collectifs plus larges, en étroite dépendance avec ceux de l'entreprise et de ses créanciers, et qui sont ceux de la collectivité nationale et régionale.

(56) J. Foyer, *De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises*, Études P. Azard, préc., n° 10.

CHAPITRE II.

LES INTERETS DE LA COLLECTIVITE NATIONALE ET REGIONALE

351 - La présence des intérêts de la collectivité nationale et régionale est constante dans le domaine des techniques de renflouement des entreprises en difficulté. Fréquemment les pouvoirs publics agissent dans l'ombre ou officiellement afin de favoriser une solution de redressement.

Il n'est en effet pas indifférent à la collectivité qu'une entreprise soit menacée de disparaître aussi bien pour des motifs d'ordre économique général que pour des raisons sociales. Le renflouement lui-même devient l'affaire non seulement du chef d'entreprise, des salariés et des créanciers, mais aussi celle des pouvoirs publics. L'Etat prend souvent à sa charge les objectifs impossibles à atteindre par le seul jeu du marché financier, en particulier pour aider à la reconversion de secteurs entiers de l'économie, ou bien pour favoriser le développement de ceux que l'on qualifie alors de « stratégiques ».

Ces aides financières publiques prennent des formes diverses, dépendent de procédures complexes, sont inscrites au nombre des actions de multiples organismes et font ainsi partie de la politique économique générale. Elles ne sont que l'un des aspects de l'ensemble des mesures relatives aux infrastructures, aux prix, à la fiscalité, à l'investissement productif, à l'aménagement du territoire... qui constituent ce que l'on a nommé le droit administratif économique (1). A cet égard, ces dispositions quelque peu disparates, ainsi que la multiplication récente du nombre des organismes étatiques d'aide aux entreprises, illustrent la transformation profonde du rôle des pouvoirs publics dans et sur l'économie (2).

(1) A. de Laubadère, *Droit public économique*, 3^e éd., Dalloz, 1979.

(2) D.H. Scheuing, *Les aides financières publiques*, préf. P. Weil, Berger-Levrault, 1974 ; A. Le Pors, *Les transferts Etat-industrie en France et dans les pays occidentaux. Note et études documentaires*, 12 juillet 1976, *La Documentation Française* ; G. Farjat, *Droit privé de l'économie*, préc., p. 57 ; M. Dizel, thèse, préc., n° 263 et s.

352 - Les interventions financières de l'Etat dans le secteur public et le secteur privé rapprochent sa mission de celle d'un banquier (3) et, les diverses aides, subventions et garanties variées, sont considérées comme les instruments de sa politique économique. Dans le cadre d'une planification souple et indicative (4) on a cherché à conduire les entreprises à adopter un développement compatible avec les principales orientations des objectifs économiques recherchés, en instituant des régimes d'aides directes, financées sur des ressources budgétaires et revêtant des formes diverses ; il a paru nécessaire d'orienter une part convenable de l'épargne disponible à long terme vers les entreprises, par l'intermédiaire d'établissements de crédit spécialisés, comme le Crédit National ou le Crédit Agricole, et grâce à diverses mesures fiscales avantageuses pour les épargnants (5) ; dans le même temps des interventions directes et ponctuelles s'opéraient afin d'aider au sauvetage de certaines entreprises en difficulté.

Pour ces dernières mesures, après une période d'assez grand libéralisme dans l'octroi des aides financières, l'accent a été mis récemment sur la nécessité d'une réelle sélectivité et d'une rationalisation plus nette.

Mais le droit administratif économique demeure caractérisé par sa souplesse, la diversité de ses moyens et le pouvoir discrétionnaire de l'Administration ; il ne se trouve pas enfermé dans des règles ni des théories précises qui permettraient une codification des interventions de l'Etat. L'affirmation constante du caractère libéral de notre système économique se trouve contredite par le développement de ces interventions, la multiplication des organismes dispensateurs de fonds publics (6), l'incertitude que l'on relève à propos du régime juridique de ces aides, et le pouvoir pratiquement incontrôlé de l'Administration (7). Il est enfin difficile de préciser le domaine d'application et le bilan de ces transferts de fonds pu-

(3) M. Vasseur, *L'Etat banquier d'affaires*, préf. J. Hamel, Dalloz, 1962.

(4) A. Mestre, *Le VII^e Plan et la planification à la française*, Droit Social 1979, 188 ; A. de Laubadère, *Traité de droit administratif, L'administration de l'économie*, 3^e éd. 1977, L.G.D.J., n^o 121 et s.

(5) La loi du 13 juillet 1978 relative à l'orientation de l'épargne vers l'industrie, dite « loi Monory » (cf. supra n^o 158) accordant sous certaines conditions une déduction fiscale aux investisseurs en actions françaises, a coûté au Trésor entre 1,5 et 2 milliards de F. (Communiqué du Conseil des Ministres du 13 février 1980, *Le Monde* 15 février 1980, p. 31) ; Rapport de M. Pérouse sur la « modernisation de la cotation, des échanges et de la conservation des valeurs mobilières », rendu public le 14 octobre 1980 (*Le Monde* 15 octobre 1980, p. 41).

(6) M. Fleuriot, *Les techniques de l'économie concertée*, Bibliothèque de droit commercial, T. 26, Sirey, 1974.

(7) M. Fromont, *Le contrôle des aides financières publiques aux entreprises privées*, A.J.D.A., 1979, p. 3.

blics, dont le Gouvernement lui-même ne fournit que des chiffres approximatifs (8). L'inflation réglementaire provoque l'institution de mécanismes complexes et une insécurité juridique regrettable (9).

353 - Les intérêts de la collectivité nationale et régionale font partie des objectifs des techniques de renfouement des entreprises en difficulté, et doivent eux-aussi être satisfaits. Le réalisme du droit administratif économique et son extrême souplesse ne permettent cependant pas de délimiter avec précision l'incidence de ces interventions, provoquent des interrogations à propos de l'éventuelle responsabilité de cette nouvelle catégorie de dispensateurs de crédits aux entreprises en difficulté en cas d'échec de la tentative de redressement, et conduisent à souhaiter l'institution d'un contrôle juridictionnel sur l'ensemble des moyens utilisés pour opérer le renfouement. **De lege ferenda** il serait ainsi nécessaire de mettre en oeuvre un « droit administratif de la faillite », suivant l'heureuse formule de M. le Président Jean Foyer (10).

Il convient d'étudier le domaine des interventions publiques avant de préciser quel est leur régime juridique.

SECTION I - LE DOMAINE DES INTERVENTIONS PUBLIQUES

354 - Les aides financières publiques prennent des formes d'une extrême variété, depuis les avantages fiscaux jusqu'aux prêts et subventions, et sont dispensées par de nombreux organismes. Il est cependant possible d'opérer une distinction très large entre les mesures qui sont destinées aux entreprises connaissant déjà de sérieuses difficultés, dont l'objet consiste à leur porter secours et à favoriser leur redressement, et celles qui ont une portée plus générale. Ces dernières dispositions visent à renforcer l'appareil productif en agissant sur les causes de ses principales faiblesses, en particulier celles qui tiennent à la pénurie de fonds propres, à l'insuffisance des investissements, à l'inégal développement des diverses régions ou

(8) M.J.P. Prouteau, lors du débat relatif aux crédits du budget de l'Industrie (J.O. Déb. Ass. Nat. 14 novembre 1980, 3810) évaluait le total des crédits consentis à l'industrie à environ 10 à 12 milliards de francs.

(9) J. Hémar, *Droit des sociétés et sources du droit commercial*, Dix ans de droit de l'entreprise, préc., p. 49.

(10) J. Foyer, *De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises*, *Etudes P. Azard*, préc., p. 55, n° 6.

encore à la place encore réduite des industries d'avenir. Par là même ces mesures préviennent l'apparition ou l'aggravation probable des difficultés des entreprises et leurs effets indirects connaissent sans doute une plus grande efficacité à terme que nombre d'interventions publiques qui s'opèrent après le constat d'une situation financière déjà fortement compromise.

I - LES INTERVENTIONS PUBLIQUES GENERALES :

355 - La faiblesse principale des entreprises françaises tient à l'insuffisance de leurs fonds propres (11) et, au cours de la période la plus récente, diverses mesures ont été adoptées pour améliorer cette situation ; indépendamment des projets tendant à augmenter le montant minimum du capital social initial des sociétés commerciales (12), on a incité les associés à convertir leurs avances en élément du capital social (13), institué des actions à dividende prioritaire sans droit de vote (14) et créé une catégorie nouvelle de prêts : les prêts participatifs (15). Ces « quasi-fonds propres » obtenus des pouvoirs publics ou des organismes financiers du secteur privé ou para-public (16) doivent avoir un effet incitatif pour accroître les fonds propres selon les moyens classiques.

Le marché financier a d'ailleurs révélé en 1980 une nette progression des augmentations de capital (17) et des émissions d'obligations nouvelles (18).

(11) cf. supra n° 143 et s.

(12) cf. supra n° 53 et 144.

(13) cf. supra n° 155.

(14) cf. supra n° 176 et s., et n° 182 pour les avantages fiscaux.

(15) cf. supra n° 158 et s.

(16) On a déjà relevé (cf. supra n° 160) que les prêts participatifs du secteur privé sont réservés aux entreprises qui ne sont pas en état de difficulté, et que le Gouvernement a mis en place en janvier 1980 un fonds de garantie de ces prêts participatifs (cf. P. Sarrazin, Le fonds national de garantie pour les prêts participatifs et les prêts participatifs bancaires, Banque 1981, 63), mais il semble que leur développement soit encore assez lent (débat lors du vote des crédits des comptes spéciaux du Trésor, J.O. Déb. Ass. Nat., 4 novembre 1980, 3471).

(17) 17 % de progression en 1980 par rapport à 1979, représentant au total 3,5 milliards de F. pour les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, et pour les P.M.E. non cotées en Bourse, 38 % de progression en volume, représentant 13,1 milliards de F.

(18) 67 milliards de F. en 1979, et 112 milliards de F. en 1980 (Communiqué du Conseil des Ministres du 7 janvier 1981, Le Monde 9 janvier 1981, p. 8) ; près de 20 milliards de F. d'émissions d'actions en 1980 ce qui représente une progression de 25,8 % par rapport à 1979 (Rép. Min. n° 41255, J.O. Déb. Ass. Nat. 6 avril 1981, 1514).

356 - Afin de développer les investissements et de faire jouer un plus grand rôle à l'autofinancement des entreprises, de nombreuses aides ont été accordées depuis plusieurs années (19). Mais, selon les prévisions de la Comptabilité Nationale, bien que le taux de croissance des investissements productifs du secteur privé soit en progression, en volume, de 4,5 % en 1980, chiffre supérieur de deux points à celui de l'année précédente (20), l'autofinancement, après de sérieux progrès au cours des années 1978 et 1979 – atteignant 76,8 % – risquait fort de fléchir en 1981. C'est pourquoi il a paru nécessaire d'introduire dans la loi de finances pour 1981 une incitation fiscale à l'investissement privé, dont le coût en allègements fiscaux a été évalué à 5 milliards de francs pour les cinq années à venir (21). Les entreprises peuvent ainsi déduire du résultat imposable 10 % des investissements correspondant à des créations ou acquisitions à l'état neuf de biens d'équipements amortissables selon l'article 39 A 1 du C. G. I. ou d'agencements et installations de locaux commerciaux ouverts à la clientèle, réalisés entre le 1er octobre 1980 et le 31 décembre 1985 (22). Cette déduction peut être opérée sur tous les investissements réalisés au cours de l'année d'exercice, alors qu'auparavant elle ne s'appliquait qu'à l'excédent de l'investissement réalisé par rapport à celui de l'année précédente.

357 - Le domaine des prêts à long terme consentis par divers organismes, tels que le F. D. E. S., le Crédit National ou les Sociétés de développement régional (S. D. R.) (23) révèle une multitude de centres de décisions

(19) cf. par exemple, les aides à l'innovation, après la réforme en 1979 de l'Agence nationale pour la valorisation de la recherche (A.N.V.A.R.), qui a obtenu près de 400 millions de F. de crédits de paiement pour 1981 (Rapport M. Blin, Sénat, n° 98, 19 novembre 1980, 57, et J.P. Prouteau, intervention précitée, J. O. Déb. Ass. Nat., 14 novembre 1980, 3859) a soutenu 1 400 entreprises en 1980 et bénéficie d'une politique régionalisée d'appui aux P.M.I. depuis 1980. Peuvent en bénéficier les sociétés dont les effectifs sont inférieurs à 2 000 salariés et dont la majorité du capital n'est pas détenue directement ou indirectement par une ou plusieurs sociétés inscrites à la cote d'une bourse française ou étrangère (Rép. Min. n° 41300, J.O. Déb. Ass. Nat., 30 mars 1981, 1389). Pour une analyse très détaillée des aides à l'innovation, cf. Rép. Min., n° 21517, J.O. Déb. Ass. Nat., 23 mars 1981, 1267.

(20) Rép. Min. n° 28794, J. O. Déb. Ass. Nat., 2 février 1981, 480.

(21) Loi de finances pour 1981, n° 80-1094 du 30 décembre 1980, J.O. 31 décembre 1980, 3098, J.C.P. 1981, III, 50696, D. 1981, L, 24.

(22) art. 6 de la loi ; D. 81-17 du 10 janvier 1981, J. O., 11 janvier 1981, 229, J.C.P. 1981, III, 50797, dont l'article 3 précise que ces déductions fiscales ne se cumulent pas avec les aides à l'investissement consenties au profit des entreprises nouvelles.

(23) cf. les tableaux chiffrés reproduits en annexe de l'Avis du Conseil Economique et Social, La conversion des entreprises industrielles, J. O. Avis C.E.S., 1979, n° 22.

et une extrême variété des conditions d'octroi, en plus des subventions que certains organismes peuvent consentir. Dans un souci de rationalisation, et tout en laissant subsister d'autres circuits, une Caisse d'équipement des P. M. E. a été créée, sous le nom de « Crédit d'équipement des P. M. E. » (24).

Constituée sous la forme d'une société anonyme à directoire, dont la majorité du capital est détenu par des établissements publics (25) et avec le concours du Groupement interprofessionnel des P. M. E., le choix des dirigeants et membres du directoire se faisant après agrément du Ministère de l'Economie, et ce dernier désignant un commissaire du gouvernement (26), elle a pour objet, depuis le 1er janvier 1981, de simplifier et de décentraliser, grâce à vingt délégations ou bureaux régionaux (27), les procédures de crédits à moyen et à long terme aux P. M. E., ainsi que les crédits de financement des marchés publics. Elle est ainsi chargée, en 1981, de distribuer une bonne part des prêts spéciaux pour le financement de l'industrie (28), la majeure partie des prêts réservés aux P. M. E., et elle pourra accorder 30 % des prêts bonifiés consentis par l'Etat aux entreprises. La délégation de compétence pour les prêts à long terme est portée à 2 millions de francs et à 2,5 millions de francs pour les crédits à moyen terme mobilisables, ce qui permet de penser que 75 à 80 % des crédits en montant, et 90 % en nombre, seront accordés par les délégations régionales.

(24) D. n° 80-1077 du 23 décembre 1980, J.O., 28 décembre 1980, 3081 ; D. n° 80-1025 du 19 décembre 1980, J.O., 20 décembre 1980, 3003 ; D. n° 81-17 du 10 janvier 1981 fixant les conditions d'application de l'art. 6 de la loi de finances pour 1981, J. O. 11 janvier 1981, 229, D. 1981, L. 55, J. C. P. 1981, III, 50797 ; D. n° 81-73 du 30 janvier 1981, J. O. 31 janvier 1981, 388, D. 1981, L. 79 ; D. n° 81-98 du 3 février 1981, J. O. 5 février 1981, modifiant le Code des marchés publics (permettant le paiement à titre d'avances sur marchés publics par le Crédit d'Equipement des P. M. E., et la cession de créance instituée par la loi du 4 janvier 1978 modifiée par la loi du 6 juillet 1979) ; Arrêtés du 2 janvier 1981 (J.O., 25 mars 1981, 855-856, D. 1981, L. 162).

(25) par apport des droits et obligations de la Caisse Nationale des Marchés de l'Etat (D. 19 décembre 1980, préc.) et de la Caisse Centrale de Crédit Hôtelier commercial et industriel (D. 30 janvier 1981, préc.).

(26) art. 3 et 4 du Décret du 23 décembre 1980, préc.

(27) Communiqué du Conseil des Ministres du 16 janvier 1981, Le Monde 18-19 janvier 1981, p. 4.

(28) 1 400 millions de F. sur un total de 4 500 millions de F., 700 millions de F. sur un total de 1 100 millions de F. pour les prêts réservés aux P.M.E., et 30 % des 4,7 milliards de F. de prêts bonifiés. Ces prêts bonifiés sont aussi distribués par le Crédit National, les S.D.R. et le Crédit coopératif.

358 - Des mesures plus spécifiques ont aussi été adoptées, en particulier pour favoriser l'emploi dans les P. M. E., grâce aux trois pactes successifs sur l'emploi (29), au Fonds national pour l'emploi et en prévoyant pour l'année 1981, 1,1 milliard de francs de crédits réservés à cet effet (30).

Afin d'accélérer ou d'accompagner la croissance des P. M. E. très performantes dont la croissance peut se trouver freinée par le manque de fonds propres, et/ou de contribuer au financement d'investissements ayant un effet favorable sur l'emploi dans des zones prioritaires, ou en faveur de celles qui souhaitent investir à l'étranger, le Comité Interministériel pour le Développement des Investissements et le Soutien à l'Emploi (C. I. D. I. S. E.), institué en juillet 1979, peut accorder des prêts participatifs du F. D. E. S. (31) à la condition que les actionnaires fassent des apports de fonds propres, au besoin sur plusieurs exercices, qui ne peuvent être inférieurs à la moitié du prêt. Depuis sa création, le C.I.D.I.S.E. a retenu 277 projets représentant au total 2.891 millions de francs d'investissements, y compris 460 millions de francs de prêts participatifs (32).

(29) pour un bilan de ces trois pactes sur l'emploi, cf. Rép. Min. n° 35462, J. O. Déb. Ass. Nat., 1 décembre 1980, 5050, Rép. Min. n° 38144, J. O. Déb. Ass. Nat., 26 janvier 1981, 404.

(30) Communiqué du Conseil des Ministres du 21 janvier 1981, *Le Monde* 23 janvier 1981, p. 9. Le Conseil des Ministres du 25 mars 1981 (*Le Monde* 27 mars 1981, p. 11) a adopté un projet de loi portant prise en charge par l'Etat de la moitié des cotisations sociales incombant aux employeurs embauchant des cadres privés d'emploi, âgés d'au moins 45 ans et en chômage depuis plus d'un an ; l'exonération durera une année et cette mesure serait applicable à compter du 1er juillet 1981 jusqu'au 30 juin 1983. Dans un communiqué publié le 9 avril 1981 à Paris et à Bonn les deux gouvernements annoncent l'émission d'une série d'emprunts extérieurs à long terme devant s'effectuer dans les 18 mois à venir pour un montant total de 5 milliards d'E. C. U. S., moitié pour la France et moitié pour la R. F. A. En France, le Crédit National sera l'agent opérateur d'un Fonds spécial d'investissement pour l'emploi auquel l'Etat apportera des bonifications d'intérêt ; ce Fonds nouveau regroupera l'ensemble des procédures d'octroi des prêts bonifiés déjà existants (soutien à l'emploi, économies d'énergie, soutien à l'exportation) ; le Crédit d'Equipeement des P. M. E. et les S. D. R. prêteront ces ressources à des taux bonifiés pour le financement d'investissements prioritaires permettant d'économiser l'énergie, facilitant l'adaptation structurelle des entreprises, le développement des technologies de pointe telles que l'informatique et l'automatisation, et en faisant un effort particulier en faveur des petites et moyennes entreprises (*Le Monde* 10 avril 1981, p. 10).

(31) Les prêts sont en principe limités à 25 % du programme d'investissement, et le total des aides (prêts, primes diverses...) ne peut dépasser 40 % des investissements.

(32) Ils représentent 15,9 % des investissements totaux ; Avis de F. Collomb, Sénat, n°100, 19 novembre 1980, sur le projet de loi de finances pour 1981, T. IV, Industrie, p. 11 ; la répartition régionale de ces aides s'est opérée au profit des régions prioritaires : Grand Sud-Ouest, Rhône-Alpes, Bretagne, Lorraine, Pas-de-Calais, Pays de Loire, Provence-Côte d'Azur.

Certains secteurs de l'industrie, considérés comme prioritaires, pouvant constituer dans les années à venir des « atouts » importants pour l'économie française, ont bénéficié des aides du Comité d'Orientation et de Développement des Industries Stratégiques (C. O. D. I. S.), créé par un arrêté du Premier Ministre du 16 octobre 1979 (33). Six programmes ont été initialement retenus : la bureautique, l'électronique grand public, la robotique, les travaux sous-marins, la bio-industrie et les matériels économisant l'énergie ; un septième vient d'être adjoint : l'industrie textile (34). Ce Comité a surtout pour objet de centraliser les opérations d'aides, ne disposant pas de crédits spécifiques, et utilise les prêts et moyens du Crédit National, du F. S. A. I. ou d'autres organismes.

359 - Dans le cadre de la politique d'aménagement du territoire, développée à partir des années 1950 afin de rééquilibrer à la fois le reste de la France par rapport à la région parisienne et les régions de chaque côté d'une ligne Le Havre-Marseille, le besoin s'est fait sentir d'assurer la conversion des régions industrielles en déclin et d'aider les entreprises (35). Cette action est menée par la Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale (D. A. T. A. R.), créée le 14 février 1963, qui est un service du Premier Ministre, et un organisme interministériel chargé de préparer et de mettre en oeuvre les décisions arrêtées en Comité interministériel d'aménagement du territoire (C. I. A. T.).

Les objectifs de la politique d'aménagement du territoire se sont diversifiés, ajoutant à la lutte engagée contre les déséquilibres régionaux et à l'orientation géographique des activités économiques (36), la conversion des activités industrielles condamnées, par l'intermédiaire du F. S. A. I.

(33) J. O. 26 octobre 1979, 2671 ; le Comité est présidé par le Premier Ministre, comprend les ministres de l'économie, du budget, de l'industrie et du commerce extérieur ; un comité de gestion prépare les délibérations du Comité interministériel et assure la coordination de l'ensemble des instruments, en particulier financiers, dont dispose l'Etat ; ce comité de gestion, présidé par le directeur général de l'industrie comprend : le délégué à l'aménagement du territoire, le commissaire au Plan, le délégué à l'emploi, le directeur du Trésor, le directeur des relations économiques extérieures et le directeur du budget.

(34) M. Monory, débats lors du vote du budget de l'industrie, J.O. Déb. Ass. Nat., 14 novembre 1980, 3847 ; Rép. Min. n° 37456, J.O., Déb. Ass. Nat., 26 janvier 1981, 367 ; le C.O.-D.I.S. a retenu 28 dossiers, mettant en oeuvre 2 milliards de F. de concours publics, représentant 15 à 16 milliards de F. d'investissements entre 1980 et 1985 (Le Monde 20 mai 1981, 41).

(35) Les orientations de la politique d'aménagement du territoire, Etude du C. E. S. sur le rapport de M. P. Vasseur, J. O. Avis et rapports du C. E. S., 1979, n° 1, p. 29 et s.

(36) par la création d'activités nouvelles, ou le renforcement des activités existantes, ou une action sur les infrastructures et moyens de communication qui conditionnent le développement des régions.

(37) et l'extension à tout le territoire de ses missions. On constate ainsi que les interventions sont plus globalisées et sélectives, qu'elles sont décentralisées, favorisant leur mise en oeuvre par les collectivités locales, et qu'elles sont plus efficaces (38).

Parmi les nombreuses aides aux entreprises ayant pour objectif de les inciter à favoriser le développement régional (39) figurent les primes de développement régional. Destinées à accroître les investissements susceptibles d'améliorer les conditions de l'emploi par la création ou l'extension d'activités dans certaines régions, elles sont dispensées par de nombreux organismes (40). Leur montant dépend de la nature et de l'importance des investissements, variant de 12.000 à 25.000 F. par emploi créé, sans excéder un certain pourcentage – de 12 à 25 % – des investissements hors taxes réalisés (41). Pour les dossiers relatifs à des investissements inférieurs à dix millions de francs, les décisions sont du ressort du préfet.

Les Sociétés de Développement Régional (S.D.R.), instituées par le décret du 30 juin 1955 (42) « ont pour objet de concourir sous forme de participation en capital au financement des entreprises industrielles dans les régions qui souffrent de sous-emploi ou d'un développement économique insuffisant ». Constituées sous la forme de sociétés anonymes, elles visent à encourager les initiatives locales, à favoriser le lancement d'entreprises et à éviter une mauvaise utilisation des fonds publics auprès d'entreprises ayant un avenir incertain. Réunissant lors de leur création un capital minimum entièrement versé (43), elles doivent limiter leurs

(37) cf. *infra* n° 362.

(38) Rapport M. Blin, Sénat, n°98, préc., p. 25.

(39) voir la liste établie par M. Vasseur, Rapport préc. au C.E.S., p. 30 et s. ; cf. D.80-921 et 80-922 du 21 novembre 1980, J.O. 23 novembre 1980, 2738-2739, D.1980, L. 414, J.C.P. 1980, III, 50538 et 50539, relatifs à l'exonération temporaire de taxe professionnelle accordée dans le cadre de la politique d'aménagement du territoire en cas de création ou de décentralisation d'un établissement industriel, et Arrêté du 24 novembre 1980, J.O. 7 décembre 1980, 2891, D.1981, L. 1, J.C.P. 1980, III, 50620.

(40) D.A.T.A.R., Ministère de l'Industrie, Préfectures, Chambres de Commerce et d'Industrie, Commissaires à la conversion industrielle et à l'industrialisation.

(41) D. 81-126 du 11 février 1981, modifiant le D.76-325 du 14 avril 1976, J.O. 13 février 1981, J.C.P. 1981, III, 50974 ; voir le bilan établi par M. Blin, Rapport préc., p. 41.

(42) Rép. Stés, Vis Développement Régional (sociétés de) par M. Fournier, 1970 ; Le rôle des S.D.R. dans l'économie des régions, Rapport de J. Lasserre. Avis et Rapports du C.E.S. 1979, n° 12.

(43) Les ressources des S.D.R., en plus des fonds propres ayant pour origine la souscription du capital par les actionnaires ou l'émission d'obligations convertibles en actions, proviennent d'emprunts obligataires assortis de la garantie de l'Etat ou de concours de la Banque Européenne d'Investissement, ou de fonds mis à leur disposition par les pouvoirs publics.

participations à 25 % de leur capital pour une même entreprise et à 35 % du capital de cette entreprise, et signer une convention avec le Ministère des Finances comportant la nomination d'un commissaire du gouvernement auprès du bénéficiaire. Les S.D.R. bénéficient d'avantages fiscaux (44), versent des dividendes à leurs actionnaires, et sont étroitement contrôlées par un commissaire du gouvernement détenant des pouvoirs d'information et même un droit de **veto** à propos de toute décision lui paraissant contraire à l'intérêt général.

La compétence des S.D.R. en matière de crédit a été étendue progressivement, afin de leur permettre de participer aux diverses mesures de financement mises en place par les pouvoirs publics (45) ; elles peuvent ainsi délivrer des prêts en faveur des entreprises exportatrices, pour l'économie d'énergie et de matières premières, pour le soutien à l'emploi, et instruire les prêts participatifs pour le compte du F.D.E.S. Un fonds de garantie a été créé par prélèvement sur le montant attribué à chaque bénéficiaire. Enfin, depuis le Décret n° 71-952 du 29 novembre 1971, les S.D.R. sont habilitées à intervenir dans les procédures de crédit à moyen terme professionnel, en donnant leur caution pour la délivrance de crédits bancaires destinés à être avalisés par la Caisse Nationale des Marchés de l'Etat.

Mais, en raison des risques encourus et de la faible rentabilité des prises de participation, leur montant global est resté assez faible ; le Décret n° 76-438 du 20 mai 1976 a accordé une prime égale au quart de leur apport dans les P.M.E. de moins de 250 millions de F. de chiffre d'affaires (46) et cette prime est portée à cinquante pour cent en cas de création d'entreprise.

Ces mesures ont eu pour résultat d'accroître assez sensiblement les participations des S.D.R. (47), et il a été annoncé le 17 septembre 1980

(44) Exonération de l'impôt sur les sociétés pour la partie des bénéfices provenant des produits nets de leur portefeuille, exonération de la taxe proportionnelle pour les emprunts qu'elles contractent.

(45) Loi du 13 août 1960, modifiant l'art. 1 du D. 30 juin 1955 : « Ces sociétés sont autorisées à consentir des prêts à cinq ans et plus aux entreprises dans lesquelles elles ont vocation à prendre des participations en capital. Elles peuvent en outre donner leur garantie aux emprunts à 5 ans et plus contractés par lesdites entreprises ». Depuis 1969 les S.D.R. bénéficient pour l'ensemble de leurs emprunts d'une bonification au taux de 1,25 %.

(46) Ce montant a été substitué à celui de 100 millions de F. de chiffre d'affaires par le D. 81-386 du 21 avril 1981, J.O. 23 avril 1981, 1148, D.1981, L. 197, J.C.P. 1981, III, 51299, pour les opérations décidées avant le 31 décembre 1984.

(47) 108 millions de F. en 1975, 320 millions de F. à la fin de 1979, correspondant à 600 participations.

par M. Monory que le montant de leur capital serait doublé avant 1983, et qu'elles seraient autorisées à intervenir dans les entreprises du secteur tertiaire (48).

Le bilan du rôle des S.D.R. est assez positif dans l'ensemble, bien que leur vocation initiale à prendre des participations n'ait pas été totalement réalisée ; trop souvent on a préféré la sécurité des placements à la faible rentabilité des apports effectués au profit d'entreprises ayant besoin d'investir (49).

Le Décret n° 77-849 du 27 juillet 1977 a autorisé les Etablissements publics régionaux à faciliter le cautionnement des prêts consentis à certaines entreprises industrielles, le Décret n° 77-850 de la même date (50) leur permet d'accorder une prime régionale à la création d'entreprises industrielles, et le Décret n° 81-21 du 13 janvier 1981 les autorise à favoriser les prises de participation dans les entreprises petites et moyennes (51). Depuis cette date de nombreux décrets sont venus accroître considérablement la capacité d'action des Etablissements publics régionaux (52) et le Premier Ministre, dans une circulaire du 13 février 1981 (53) a présenté les nombreux « champs d'intervention nouveaux » qui leur sont dé-

(48) D. 81-565 du 11 mai 1981, modifiant le D. 30 juin 1955, J.O. 17 mai 1981, 1539, D. 1981, L. 266, J.C.P. 1981, III, 51419 ; ce texte les autorise à consentir des prêts à cinq ans et plus aux entreprises quelle qu'en soit la forme juridique, et à donner leur garantie aux emprunts à deux ans et plus que contractent ces entreprises. Elles peuvent aussi consentir des prêts aux collectivités locales, aux sociétés d'économie mixte et aux chambres de commerce et d'industrie pour contribuer au financement d'équipements touristiques collectifs, ou à celui de bâtiments à usage industriel ou commercial réalisés pour des entrepreneurs dénommés.

(49) A ces missions des S.D.R., il faut ajouter leur rôle en matière de conseil et d'assistance de gestion des entreprises et la création de sociétés de crédit-bail. Les insuffisances des S.D.R. ont été à l'origine de la multiplication des sociétés ou instituts de participation, souvent créés avec leur aide ; tel est le cas de S.I.P.A.R.E.X. (société pour le financement d'entreprises régionales en expansion) créée en 1977 avec l'aide de la S.D.R. Sud-Est et la S.D.R. Centrest, ou encore de l'Institut de participation de l'Ouest (I.P.O.), en 1979. En 1981, l'Institut régional de développement industriel de Midi-Pyrénées (I.R.D.I.) a été fondé, un fonds de garantie alimenté par l'Etablissement public régional et l'Etat couvrant une partie des risques.

(50) Décret modifié par le D. 80-340 du 13 mai 1980, préc. supra n° 229 note 23.

(51) D. 81-21 du 13 janvier 1981, J.O. 15 janvier 1981, 250, D. 1981, L. 57, J.C.P. 1981, III, 50829, Rev. Soc. 1981, 193.

(52) D. 81-137 à 81-149 du 13 février 1981, J.O. 15 février 1981, 557 et s. Ces textes habilitaient les E.P.R. à participer à l'aide à l'innovation, aux actions en faveur des énergies nouvelles, au financement des programmes de recherche scientifique et technique, au financement des services collectifs en faveur de secteurs industriels, agricoles, artisanaux ou de groupements d'entreprises... ainsi qu'au cautionnement de prêts et de prêts participatifs.

(53) J.O. 15 février 1981, J.C.P. 1981, III, 51004.

sormais ouverts. Mais le Décret du 11 juin 1981 (54) les a presque tous abrogés, dans l'attente de l'adoption par le Parlement d'un projet de loi portant décentralisation de l'administration de l'Etat et transformant les Etablissements publics régionaux en collectivités territoriales, à l'exception des Décrets n° 81-140 et 81-141 relatifs au cautionnement de prêts simples et de prêts participatifs consentis à certaines entreprises industrielles (55).

Les réformes devant intervenir dans les mois prochains permettront peut-être d'harmoniser ces nombreuses interventions financières dans le cadre d'une politique régionale profondément décentralisée.

360 - Enfin, au nombre des dispositions qui sont de nature à favoriser le développement de l'appareil productif, figurent les aides consenties aux créateurs d'entreprises nouvelles (56), diverses simplifications des formalités administratives (57) et certains avantages fiscaux en cas de fusion (58). D'autres mesures concernent le problème de la transmission des entreprises familiales. Le Décret du 8 décembre 1980 (59) a généralisé à tous les héritiers le délai de dix ans prévu par l'article 404 A de l'Annexe III au Code général des impôts pour régler les droits d'enregistrement en

(54) D. 81-661 du 11 juin 1981, J.O. 12 juin 1981, 1723, J.C.P. 1981, III, 51511. Circulaire du 1er Ministre du 12 juin 1981, J.O. 14 juin, 1738, J.C.P. 1981, III, 51515.

(55) D. 81-140 du 13 février 1981, J.O. 15 février 1981, 561, J.C.P. 1981, III, 50992 (modifiant le D. 77-849 du 27 juillet 1977) ; D. 81-141 du 13 février 1981, J.O. 15 février 1981, 562, J.C.P. 1981, III, 50993, Rev. Soc. 1981, 415 ; l'article 1 al. 2 de ces deux décrets est ainsi rédigé : « Les organismes dont les cautionnements peuvent bénéficier de cette mesure sont : le crédit d'équipement des petites et moyennes entreprises, les sociétés de caution mutuelle, les sociétés de développement régional et le Crédit national ».

(56) cf. supra n° 229 et s. ; H. Perker, Les aides à la création d'entreprises par les demandeurs d'emploi, Droit Social 1981, 473.

(57) voir en particulier la création des Centres de formalité des entreprises pour la création, la modification juridique ou la cessation d'activité : D. 81-257 du 18 mars 1981, J.O. 21 mars 1981, 830, D. 1981, L. 158, J.C.P. 1981, III, 51171, Rev. Soc. 1981, 416 ; D. 81-258 du 18 mars 1981, J.O. 21 mars 1981, 832, Rev. Soc. 1981, 417 ; Arrêté du 18 mars 1981, J.O. 21 mars 1981, 832, Rev. Soc. 1981, 420 ; Arrêté du 23 juillet 1981, J.O. 28 juillet 1981, 2074, J.C.P. 1981, III, 51605. Rép. Min. J.O. Déb. Sénat, 29 janvier 1981, 150, Rev. Sociétés 1981, 423.

(58) cf. supra n° 308.

(59) D. 80-986 du 8 décembre 1980, J.O. 9 décembre 1980, 2899, D. 1981, L. 2, J.C.P. 1980, III, 50607.

cas de donation d'entreprise ainsi que les droits de succession (60) ; il a été annoncé que les S.D.R. pourront prendre des titres de participation temporaires et que 150 millions de F. ont été réservés à cet effet dans la prochaine augmentation du capital des S.D.R. (61) ; enfin les scissions de sociétés réalisées en vue de permettre la transmission à titre gratuit d'entreprises comportant au moins deux branches d'activités peuvent bénéficier de l'agrément en matière de plus-values prévu à l'article 210 B-1 du Code général des impôts (62).

Ces dernières dispositions fiscales ne concernent que les donations entre vifs et ne règlent ainsi pas les nombreux problèmes que pose parfois le vieillissement du fondateur de l'entreprise ou son décès ; pourtant l'on a déjà relevé (63) que ces faits constituaient parfois les causes majeures de l'état de difficulté de l'entreprise que l'on constate ensuite.

Ces interventions publiques à caractère général, nationales ou régionales, tendent à assurer le développement d'industries compétitives et dans le même temps tentent de prévenir l'aggravation du chômage en favorisant le dynamisme et l'investissement de certaines entreprises. Mais elles ont aussi pour résultat de multiplier les concours des banques ou des actionnaires qui viennent en complément des aides publiques obtenues. Cet effet induit n'est pas négligeable, la confiance ainsi manifestée par les autorités publiques rejaillissant sur l'ensemble des opérations de l'entreprise.

Mais au total ces diverses interventions publiques se révèlent d'une grande complexité, et évoluent au gré des variations suivies par la politique économique, financière et sociale choisie par le gouvernement. Elles n'en sont pas moins le cadre dans lequel se sont progressivement insérées les dispositions particulières qui ont été élaborées afin de porter secours aux entreprises connaissant des difficultés réelles.

(60) « Les donations ouvrant droit à ce régime sont celles portant : soit sur l'ensemble des biens meubles et immeubles, corporels ou incorporels affectés à l'exploitation d'une entreprise individuelle ; soit sur les parts sociales ou les actions d'une société non cotée en bourse à condition que le bénéficiaire reçoive la majorité du capital social » (art. 1 al. 2 du Décret du 8 décembre 1980).

(61) Communiqué du Conseil des Ministres du 21 janvier 1981 (Le Monde 25 janvier 1981, p. 9) ; cf. le projet de loi voté par le Sénat (cf. supra n° 317), transmis à l'Assemblée Nationale le 12 décembre 1980, n° 2158, relatif à la participation des époux à une même société et à la transmission des entreprises à caractère familial.

(62) Arrêté du 8 décembre 1980, J.O. 9 décembre 1980, 2898, D. 1981, L. 2, J.C.P. 1981, III, 50609.

(63) cf. supra n° 30.

II LES MESURES SPECIFIQUES AUX ENTREPRISES EN DIFFICULTE

361 - L'attitude des pouvoirs publics peut consister à laisser jouer les mécanismes de l'économie de marché, c'est-à-dire à ne pas soutenir une entreprise défaillante, au nom de la séparation des pouvoirs et des principes du libéralisme ; mais elle peut au contraire, sous la pression sociale et politique se traduire par la fourniture d'aides financières importantes. Cette seconde attitude a été la plus fréquente depuis de nombreuses années, ainsi que le reconnaissait M. Monory lors des débats relatifs à l'approbation des principales options du VIII^e Plan : « En ce qui concerne l'industrie, il est sans doute vrai que nous avons trop longtemps tenté de sauver des emplois dans des secteurs en difficulté. Nous continuerons à le faire parce que l'aspect humain des choses ne nous est pas étranger. Mais si nous devons fonder notre économie sur ce postulat, la France se trouverait rapidement dans une situation d'infériorité... il coûte cher à la communauté de vouloir sauver des emplois non concurrentiels » (64). Cet « interventionnisme *in extremis* » correspond à une conception classique du rôle de l'Etat (65) qui a trouvé une formulation précise lors de l'adoption des options du VIII^e Plan (66) ; pour ses auteurs, la stratégie industrielle est la suivante : il appartient aux entreprises de prendre les décisions qui déterminent leur avenir, leur liberté de gestion étant assurée par la libération des prix, et l'Etat doit intervenir chaque fois qu'il s'agit de répondre à des objectifs primordiaux pour le pays que les entreprises ne peuvent atteindre entièrement par leurs seuls moyens.

Cette recherche d'une réelle compétitivité des entreprises françaises et la mise en oeuvre des principes du libéralisme économique conduisent à donner aux aides de l'Etat un caractère exceptionnel, après une période au cours de laquelle l'« impératif industriel » commandait de faciliter la constitution de groupes importants, et l'« impératif social » d'éviter des li-

(64) J.O. Déb. Ass. Nat. 14 juin 1979, 5109.

(65) voir, par exemple, les déclarations de G. Pompidou à la Revue Entreprise, le 20 juin 1964 : « ... le rôle de l'Etat est certainement capital, à cause de ses responsabilités générales, à cause de ses responsabilités sociales en particulier. Mais l'essentiel malgré tout doit rester le fait de l'initiative privée... »

(66) Projet de loi portant approbation du rapport sur les principales options du VIII^e Plan, n° 1055, Ass. Nat., 11 mai 1979, p. 79 (projet adopté par la loi 79-585 du 11 juillet 1979, J.O. 12 juillet 1979, 1711, D. 1979, L, 261).

cenciements trop nombreux (67). C'est ainsi que l'on a souhaité restaurer la libre concurrence et que des mesures ont été adoptées afin de soutenir l'investissement productif.

Dans le domaine des méthodes d'intervention publiques, il a été envisagé de supprimer divers systèmes de subventions et de mesurer le coût budgétaire au rendement produit, tout en systématisant l'aspect contractuel de ces aides (68) : « elles doivent d'une façon générale revêtir une forme contractuelle et temporaire » (69). C'est ainsi que l'on considère que le « rôle de l'Etat est d'assurer la régulation globale de l'économie, n'assurant lui-même les risques de l'entreprise que lorsqu'une exigence collective précise l'impose » (70).

Mais, il est aisé de constater que ces positions de principe n'ont guère été respectées en pratique, aussi bien en France que dans la plupart des pays occidentaux. Dans tous ces pays, les conversions de secteurs entiers en difficulté ou d'entreprises d'importance régionale ou nationale, sont aidées directement par les pouvoirs publics (71). En prenant seulement quelques exemples, on peut citer en Grande-Bretagne, le cas de deux entreprises nationalisées, British Leyland et British Steel Corporation

(67) On se souvient de l'origine historique directe de l'Ordonnance du 23 septembre 1967, qui a suivi les difficultés rencontrées par deux entreprises : les Forges d'Hennebont, et les Chantiers navals de La Seyne ; cf. J. Foyer, De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises, *Etudes P. Azard*, préc., n° 4 ; pour cette dernière entreprise, cf. M. Duverger, L'Etat désarmé, *Le Monde* 15 février 1966, p. 1 : « Le système libéral veut que les entreprises non rentables disparaissent et qu'on ne les empêche pas de le faire... Quand leurs conséquences humaines sont trop pénibles pour que l'opinion publique les accepte sans réagir, il faut bien que le gouvernement fasse quelque chose. Mais son action tend alors à anesthésier plutôt qu'à soigner : on ne cherche pas à guérir le mal, mais à le rendre supportable ».

(68) Réponse de M. R. Barre à M. L. Neuwirth, Assemblée Nationale, 31 mai 1978 (*Le Monde* 2 juin 1978, p. 8) : « Je voudrais dire combien je trouve fâcheuses les expressions telles que « canards boiteux » et « secteur en difficulté »... En fait, il y a en France des entreprises susceptibles de retrouver un équilibre et des perspectives de développement et, par ailleurs, des entreprises gênées dans des conditions telles que le gouvernement ne leur apportera son aide que lorsqu'un plan de redressement aura été établi et lorsque leurs perspectives d'avenir auront été éclairées ».

(69) Projet de loi portant approbation du rapport sur les principales options du VIII^e Plan, préc., p. 79.

(70) *ibid.*, p. 64.

(71) La conversion des entreprises industrielles, Rapport de A. Bienaimé au C.E.S., préc.

(72), aux Etats-Unis, la First Pennsylvania Bank of Philadelphia (73) et Chrysler (74), l'ensemble de la sidérurgie européenne (75), ainsi qu'une entreprise multinationale, Massey-Ferguson (76). En France, de nombreux secteurs de l'économie sont aidés par les pouvoirs publics, comme celui du textile (77), les chantiers navals (78), l'industrie des papiers et

(72) Bien que le gouvernement conservateur anglais ait pour objectif de dénationaliser certaines entreprises et d'en céder quelques-unes au secteur privé, il lui a fallu accorder d'importantes subventions à British Leyland (990 millions de Livres pour les années 1981-1982) (Le Monde 28 janvier 1981, p. 36), 3,5 milliards de Livres à la British Steel Corporation, correspondant à l'annulation de ses dettes, auxquels s'ajoutent 880 millions de Livres de nouveaux crédits en 1981 (Le Monde 26 février 1981, p. 31) afin de favoriser la réussite d'un nouveau plan de redressement. La Commission de Bruxelles a d'ailleurs limité cette aide à 190 millions de Livres (Le Monde 31 juillet 1981, p. 21).

(73) Vingt-troisième banque américaine, elle n'a été sauvée de la faillite que par le soutien conjugué des autorités monétaires et du système bancaire américain, en 1980 (Le Monde 2 mai 1980, p. 41).

(74) Troisième constructeur américain d'automobiles, et quatorzième entreprise mondiale, qui a échappé à la faillite grâce à des prêts garantis par le gouvernement fédéral d'1,2 milliard de dollars, en 1980, en contrepartie d'un plan de redressement et après de nombreuses hésitations de la part du gouvernement des Etats-Unis ; cette société s'est redressée en 1981 (Le Monde 24 juillet 1981, p. 22).

(75) Pour la Grande-Bretagne, aide à la British Steel Corporation, en Italie, l'aide de l'Etat s'élève à 30 milliards de francs français (Le Monde 1-2 mars 1981, p. 11), en Allemagne Fédérale, l'Etat va consacrer 4 milliards de francs à la restructuration de la sidérurgie (Le Monde 2-3 juillet 1981, p. 11). On peut rappeler qu'en application de l'article 58 du Traité de la CEE, la Commission de Bruxelles avait déclaré en octobre 1980 l'« état de crise manifeste » afin de réduire la production, qu'elle y a mis fin le 30 juin 1981, et qu'il se pose maintenant la question de la suppression des aides à la sidérurgie au cours des cinq années à venir (Le Monde 10-11 mai 1981, p. 16, 6 juin 1981, p. 33, 29 juillet 1981, p. 1) ; pour la France, voir : La situation et l'avenir de la sidérurgie, Avis du C.E.S., septembre 1979, n° 28. Les pertes enregistrées par Usinor en 1980 ont été de 1,23 milliard de francs (Le Monde 17 avril 1981, p. 33), et pour Sacilor de 1,939 milliard de francs (Le Monde 15 avril 1981, p. 32).

(76) La Société Massey-Ferguson, groupe multinational canadien, a enregistré en 1980 des pertes d'un total de 2,6 milliards de dollars américains. Un plan de redressement a été élaboré à la veille du constat de l'état de cessation des paiements et s'est traduit par l'émission de 715 millions de dollars canadiens d'actions nouvelles ; cette émission a été garantie par le gouvernement canadien et le gouvernement de l'Ontario, ainsi que le gouvernement britannique pour les crédits à l'exportation (Le Monde 26-27 juillet 1981, p. 11) ; pour les conséquences de cette situation sur l'usine Massey-Ferguson à Beauvais, cf. Questions au Gouvernement, J.O. Déb. Ass. Nat., 16 octobre 1980, 2728.

(77) cf. Rapport de P. Séguin, Ass. Nat., 18 mars 1981, n° 2254 ; Rapport de C. Poncelet, en conclusion des travaux de la commission d'enquête parlementaire créée en vertu de la résolution adoptée par le Sénat le 18 décembre 1980 sur les difficultés actuelles de l'industrie textile et de l'habillement, Sénat, 6 juin 1981, n° 282 (voir en particulier l'analyse du Plan textile du 5 novembre 1980 et des mesures gouvernementales de mars 1981, p. 339 et s.)

(78) Rép. Min. n° 29518, J.O. Déb. Ass. Nat. 17 novembre 1980, 4859 ; Rép. Min. n° 37791, J.O. Déb. Ass. Nat., 12 janvier 1981, 195.

cartons (79), la machine-outils (80), les Charbonnages (81) ou encore dans le cadre du « Plan-Vosges » (82)...

Divers organismes ont été progressivement institués afin d'examiner la situation de ces secteurs ou des entreprises moins importantes qui sollicitent l'octroi de prêts, subventions ou aides particulières. Il convient aussi de mentionner les actions entreprises par certaines municipalités et par les cabinets ministériels.

362 - En plus des avances exceptionnelles de trésorerie aux entreprises en difficulté mais encore « fondamentalement saines » (83), consenties par les Comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises (C.O.D.E.F.I.) et de certains prêts qu'ils peuvent accorder (84), deux organismes ont été mis en place, dans les dernières années afin d'aider certaines entreprises en situation difficile : le C.I.A.S.I. et le F.S.A.I.

Le Comité interministériel pour l'aménagement des structures industrielles, créé par un arrêté du 28 novembre 1974 (85), présidé par le Ministre de l'économie, est composé du délégué à l'aménagement du territoire et à l'action régionale, du commissaire au Plan, du directeur du bâtiment des travaux publics et de la conjoncture, du directeur du Trésor, du directeur général de l'industrie, du directeur général du travail et de l'emploi, du directeur du crédit à la Banque de France et d'un représentant du Premier ministre. Ce comité peut s'adjoindre les directeurs chargés de la

(79) J.O. Déb. Ass. Nat., 4 octobre 1980, 2569 ; Rép. Min. n° 33693, J.O. Déb. Ass. Nat., 8 décembre 1980, 5132 ; J.O. Déb. Ass. Nat., 13 décembre 1980, 4888.

(80) Questions au Gouvernement, J.O. Déb. Ass. Nat. 29 novembre 1980, 4501 ; Rép. Min. n° 31962, J.O. Déb. Ass. Nat. 20 octobre 1980, 4442 ; Rép. Min. n° 33623, J.O. Déb. Ass. Nat. 20 octobre 1980, 4471.

(81) Rép. Min. n° 29359, J.O. Déb. Ass. Nat., 7 juillet 1980, 2891 : une subvention forfaitaire d'exploitation de 2,3 milliards de francs a été accordée en 1979 ; un contrat de programme a été conclu entre les Charbonnages de France et l'Etat, leur accordant une subvention de 100 francs en moyenne par tonne produite (la production a été de 20 millions de tonnes en 1980) ; l'aide de l'Etat aux Houillères de Lorraine a été de 1050 millions de francs en 1980 (Le Monde 15 août 1981, p. 18), et de 1563 millions de francs pour celles du Nord-Pas-de-Calais.

(82) Pour un bilan de ce « Plan », cf. Questions au Gouvernement, J.O. Déb. Ass. Nat., 28 juin 1980, 2401, et J.O. Déb. Ass. Nat., 23 octobre 1980, 2959.

(83) Ces avances sont consenties pour une durée maximale de 18 mois, au taux de base bancaire de 15,90 %, Le Monde 12-13 juillet 1981, p. 14, et 2-3 août 1981, p. 11.

(84) cf. supra n° 99 et s.

(85) Arrêté du 28 novembre 1974, J.O. 29 novembre 1974, 11931.

tutelle des entreprises concernées (86).

Chargé au niveau central d'étudier les mesures propres à faciliter le redressement des entreprises en difficulté, en liaison avec les C.O.D.E.F.I. qui lui transmettent les dossiers les plus importants, ses compétences ont été élargies et il peut désormais (87) examiner les demandes de prêts participatifs accordés par l'Etat lorsqu'ils sont présentés par des entreprises qui mettent en oeuvre des programmes d'investissements ayant pour but de créer des emplois ou de convertir des activités menacées. Le Comité peut attribuer une aide au développement régional, ou un prêt sur ressources du F.D.E.S., à la condition qu'une solution viable soit définie, et si les partenaires de l'entreprise, actionnaires, établissements spécialisés banques et fournisseurs, consentent eux-mêmes des apports nouveaux en fonds propres (88), des consolidations de leurs prêts ou des délais de remboursement. L'examen de ce dossier complet de renfouement permet, en principe, de réserver les aides publiques aux seules entreprises qui peuvent être redressées (89). Le C.I.A.S.I. a, depuis sa création, examiné avec les C.O.D.E.F.I. plus de dix mille dossiers (90), et, au premier juillet 1980, le bilan des aides consenties s'établissait ainsi : 1.313.000.000 de francs de prêts du F.D.E.S., 197,9 millions de francs de prêts participatifs, 531,7 millions de francs de subventions au titre des crédits de politique industrielle ; en moyenne, ces interventions correspondent à une aide de 6 125 francs par emploi, dont 1 594 francs en subventions (91).

(86) art. 3 de l'arrêté ; P. H. Cassou, Les aides financières aux entreprises, Litec 1977, n° 106.

(87) Rép. Min. n° 14136, J.O. Déb. Ass. Nat. 23 juin 1979, 5573.

(88) Le C.I.A.S.I. avait formulé de telles exigences lorsqu'il était envisagé qu'il participe au redressement du groupe *Terrin*, cf. Trib. Com. Marseille 6 septembre 1977, Rev. Soc. 1978, 313, note B. Oppetit (cf. supra n° 254).

(89) Telle a été du moins la position constante du Gouvernement à propos des sociétés *Manufrance*, *Dufour*, préc., et aussi de la société *Caillard* (Rép. Min. n° 40141, J.O. Déb. Ass. Nat. 16 mars 1981, 1175).

(90) Communiqué du Conseil des Ministres du 27 mai 1981, Le Monde 29 mai 1981, p. 6.

(91) Rapport R. Rinchet sur le projet de loi de finances pour 1981, Sénat, n° 100, 19 novembre 1980, p. 23 ; D. Nazet-Allouche, thèse, préc., p. 185 et s. ; cf. le cas de la Société coopérative ouvrière de production *Lip*, préc., supra n° 228 ; *Société Logabax* : cette entreprise de mini-informatique, employant 2000 salariés (et touchant indirectement environ 10 000 salariés par l'intermédiaire de ses sous-traitants), a obtenu des prêts participatifs de l'Etat par l'intermédiaire du C.I.A.S.I. en 1980, ainsi que divers apports de ses actionnaires, de ses ban-

Le Fonds spécial d'adaptation industrielle (F.S.A.I.) institué par le Conseil des ministres du 6 septembre 1978, vise à aider les régions industrielles touchées par une crise grave de l'emploi du fait de la baisse d'activité de la sidérurgie et de la construction navale, et plus récemment de l'industrie textile. Il s'est agi de favoriser des projets d'investissements créateurs d'emploi dans les régions du Nord-Pas-de-Calais, de la Lorraine, de la Basse-Loire, de Saint-Etienne, des bassins houillers, du Centre-Midi et des zones de construction navale en Méditerranée (92). Ce Fonds dispense des subventions, des prêts participatifs du F.D.E.S., qui peuvent se cumuler avec les autres aides au développement régional, à l'exception de la prime de développement régional et de la prime de localisation des activités tertiaires ; mais le montant de ces aides ne peut dépasser cinquante pour cent du total des investissements, dont vingt-cinq pour cent au maximum sous forme de subvention, et les projets doivent comporter la création d'au moins cinquante emplois en trois ans. L'instruction du dossier est réalisée par un organisme financier, comme le Crédit national, ou une S.D.R., et la décision est prise à l'échelon ministériel sur proposition du comité de gestion du F.S.A.I. composé de hauts fonctionnaires.

Le bilan de son action, dressé en mars 1981 (93), montre que ce Fonds a aidé, pour l'ensemble de la France, 131 projets représentant 20 878 emplois et 7.693 millions de francs d'investissements, dont 2.158 millions de francs d'aides publiques.

363 - On constate aussi que certaines municipalités, indépendamment des actions de création de zones industrielles, de construction de locaux et de leur mise en location, participent à des renfouements d'entreprises

(suite de la note de la page précédente)

ques... ; une procédure de règlement judiciaire a cependant été ouverte le 1er juin 1981 devant le tribunal de commerce de Péronne ; un plan de reprise avait été adopté par l'unanimité des représentants du personnel le 24 juin 1981 (sauf quelques-uns), des négociations ont été menées avec le C.I.A.S.I., l'I.D.I., un pool bancaire et le candidat à la reprise qui a conduit, avec l'accord des pouvoirs publics, à la création d'une nouvelle société Logabax, qui se propose de racheter les actifs et bénéficie des apports des fondateurs de cette nouvelle société et des prêts participatifs de l'Etat. Voir aussi la longue évolution historique des aides de l'Etat à la *société Garnier*, rappelée par J. Mestre, note à la Rev. Jurisp. Com. 1980, p. 28.

(92) Rapport R. Rinchet, préc., p. 22 ; J.O. Déb. Ass. Nat. 30 octobre 1980, 3275 (intervention de M. Limouzy à propos des crédits du budget de l'aménagement du territoire).

(93) Rép. Min. n° 37637, J.O. Déb. Ass. Nat. 30 mars 1981, 1389.

existantes, sous la forme de garanties de prêts (94), d'achat de terrains en vue de les louer à l'entreprise en difficulté (95), et au besoin en créant une société d'économie mixte. Les autorités qui participent à la recherche du renfouement de certaines entreprises peuvent ainsi être fort nombreuses et il est parfois constaté que l'on n'hésite pas à avoir recours à la publicité dans la presse afin de solliciter la venue de candidats à la reprise (96).

Enfin, il devient de plus en plus fréquent de trouver trace d'interventions directes des autorités ministérielles dans les divers efforts entrepris pour redresser certaines entreprises (97) ou bien encore de lire dans des décisions judiciaires toute l'importance et le poids que des magistrats consulaires (98) ou même des Hauts Conseillers (99) accordent à l'aide of-

(94) voir le cas de la ville de Saint-Etienne pour la société *Manufrance*, préc. supra n° 282 note 42 ; la garantie du Conseil municipal de Montbrison pour la société *Les Jouets Gégé* (société d'exploitation dont le capital avait été souscrit par 28 salariés. Le Comité d'expansion de la Loire et un industriel ; le capital initial devait être augmenté dans le cadre d'un G.I.E. avec de nouveaux investisseurs ; ce projet n'ayant pu être réalisé la société a cessé ses activités. (Le Monde 3 janvier 1979, p. 26) ; cf. le Rapport de la D.A.T.A.R., sur « Les interventions économiques locales récentes dans neuf villes françaises ». Le Monde 3 janvier 1979, p. 20 ; cf. *Société Pilote S.A.*, supra n° 282, note 41.

(95) La *Société Coq* avait été reprise par une société d'exploitation : en 1979, la municipalité d'Aix-en-Provence a acheté pour 6,5 millions de F. le terrain qu'elle occupait en ville et l'a aidée à déménager ; des problèmes de gestion ont cependant conduit à un dépôt de bilan (Le Monde 6 mars 1980, p. 34) ; projet de créer une société d'économie mixte dans l'affaire *Griffet*, et projet relatif à l'*O.G.C. Nice* (Le Monde 18 avril 1981, p. 22).

(96) Il est parfois fait appel aux encarts publicitaires : en voici un exemple (Le Monde, 4 octobre 1980, p. 36) : « A reprendre entreprise de sous-traitance automobile Haute-Saône - Territoire-de-Belfort, chiffre d'affaires : 100 millions de F., 3 établissements ; 1ère usine en Haute-Saône (450 personnes, 15.000 m², emboutissage, découpage, montage) ; 2ème usine dans le Territoire de Belfort (160 personnes, 4000 m² fabrication de produits moussés) ; 3ème usine en Haute-Saône (200 personnes, 4000 m², fabrication pare-soleil, atelier injection plastique, emboutissage, découpage). Situation juridique : règlement judiciaire, le personnel est licencié ; reprise : une reprise globale est souhaitée. Possibilité d'aide importante sous forme de prêt F.D.E.S. accordé par le C.I.A.S.I., couvrant le besoin en fonds de roulement ; aide de la part des constructeurs ; chiffre d'affaires garanti par les constructeurs en cas de reprise rapide ; possibilité de contrat de location-gérance avec promesse de vente à des conditions intéressantes. Pour tout renseignement s'adresser au Comité d'expansion économique et de productivité de Haute-Saône... »

(97) Pour ne prendre que quelques exemples, cf. Rép. Min. n° 33173, J.O. Déb. Ass. Nat. 15 septembre 1980, 3958 : le Ministre de l'environnement « s'efforce de trouver un partenaire industriel susceptible de reprendre l'activité et de sauvegarder le potentiel humain, commercial et technique » de la société *Verger-Delaporte*, avec l'aide du C.I.A.S.I. : Rép. Min. n° 39222, J.O. Déb. Ass. Nat., 23 mars 1981, 1272 : des démarches de la direction des industries agricoles et alimentaires ont permis de trouver un industriel qui signe un contrat de location-gérance (*société Alibel*).

(98) voir *aff. Manufrance, Terrin*, préc. supra n° 227, *Société Franco-Belge*, préc. supra n° 45 ; Trib. Com. Paris 6 octobre 1980, préc. supra n° 298, note 98 ; Trib. Com. Rouen 10 mars 1981 (*Soc. Chapelle Darblay*) D. 1981, I.R., 337, obs. M. Vasseur.

(99) Soc. 31 janvier 1980, préc. supra n° 331, note 27.

ferte ou promise par les pouvoirs publics.

Cet ensemble de mesures plus ou moins formalisées, tendant à aider au renfouement des entreprises en difficulté, ou à lutter contre les conséquences du « dépeuplement » industriel et commercial de certaines régions donne la mesure de l'interventionnisme de l'Etat dans l'économie. Qu'il s'agisse d'entreprises ayant besoin d'aides pour investir et accroître leurs capacités de production ou bien de celles qui connaissent déjà de sérieuses difficultés, le volume des transferts de fonds publics ainsi réalisé conduit à étudier leur régime juridique.

SECTION 2 - LE REGIME JURIDIQUE DES INTERVENTIONS PUBLIQUES

364 - Deux séries de questions se posent de manière classique dès lors que l'on analyse le régime juridique des aides publiques ; il s'agit, en premier lieu, de leurs conditions générales d'octroi, et, en second lieu, des contrôles qui sont effectués sur l'utilisation de ces fonds publics. Mais, il faut aussi s'interroger sur l'éventuelle responsabilité encourue par l'Etat en raison de cette mission de « dispensateur » de crédits. En effet, dans certains cas, l'attitude des pouvoirs publics est tout à fait comparable à celle d'un banquier et l'on sait que la jurisprudence n'a pas hésité à sanctionner les fautes commises dans l'allocation de crédits abusifs à des entreprises en difficulté par des banques.

I - CONDITIONS GENERALES D'OCTROI :

365 - Les conditions d'octroi des aides publiques sont extrêmement variables, puisque chaque organisme habilité à instruire le dossier de demande obéit à une réglementation qui lui est propre. Suivant les cas, ainsi qu'on l'a vu, le prêt ordinaire, le prêt participatif, la prime ou la subvention, ne sont octroyés qu'après vérification minutieuse des conditions mises à leur obtention. A défaut d'un regroupement en un lieu unique des différents services, en raison de la multiplicité des centres de décision le demandeur doit consulter l'ensemble des possibilités (100).

En règle générale le dossier doit comporter la mention de l'objet de la demande, un exposé de la situation économique et financière de l'entre-

(100) voir P. H. Cassou, *op. cit.* ; Les principaux mécanismes de la distribution du crédit, édité par la Banque de France, 1980 ; cf. *supra* n° 121 note 145 le Guide des services de la Banque à l'entreprise, édité par le Crédit du Nord.

prise, le montant de l'aide sollicitée ainsi que le calendrier de réalisation du programme. Pour les entreprises qui connaissent des difficultés assez sérieuses, la pratique gouvernementale des dernières années exige, en plus, qu'un véritable plan de redressement soit présenté et que les principaux actionnaires, banquiers et créanciers participent sous forme d'apports nouveaux, de crédits supplémentaires ou de délais de paiement à ce renfloement (101). L'aide des pouvoirs publics est ainsi devenue contractuelle (102) et la première partie de cette étude a permis de montrer que les techniques de renfloement doivent cumuler cette fonction curative avec celle préventive, et que progressivement les diverses techniques utilisées mettent en œuvre cette dualité de fonctions.

Ainsi, pour ce qui concerne les concours publics, les responsables de l'entreprise, ou bien les personnes physiques ou morales qui souhaitent en assurer la permanence, doivent présenter un dossier complet, qui est ensuite examiné par un responsable local, instruit sur le plan technique par un comité rassemblant diverses administrations intéressées ou plusieurs spécialistes ; ce dernier émet un avis et la décision est prise par le Ministre responsable des crédits budgétaires sur lesquels s'imputent ces aides, à moins que le pouvoir de décision n'ait été décentralisé.

On a pu constater, en relevant la composition des divers organismes dispensateurs de crédits d'Etat, que des hauts fonctionnaires se trouvaient investis de cette mission.

Une fois obtenue dans son principe, l'aide n'est généralement versée qu'après vérification de la réalisation de tout ou partie du programme et un service en vérifie la bonne exécution.

366 - L'octroi de ces aides financières publiques est très utile lorsque l'entreprise rencontre des difficultés ; pendant longtemps l'Administration mettait comme condition préalable l'ouverture d'une procédure collective, ce qui ne manquait pas de rendre pour le moins difficile la tentative de redressement entreprise ; depuis l'arrêté du 15 juin 1979 relatif aux aides fiscales en faveur de la reprise d'établissements en difficulté, un jugement déclaratif n'est plus exigé et la saisine des C.O.D.E.F.I. ou du C.I.A.-S.I. est jugée suffisante (103). Néanmoins, les demandes d'aides publiques, pour une large part, interviennent trop tard dans le processus de dégradation de la situation financière de l'entreprise, tout comme les mesures propres à permettre un redressement rapide et efficace.

(101) cf. supra n° 362 pour le C.I.A.S.I. et le F.S.A.I.

(102) cf. supra n° 361.

(103) cf. supra n° 231.

C'est ainsi que le développement des prêts participatifs vise à remédier par des quasi-fonds propres d'origine publique à la pénurie de capitaux des entreprises, en particulier lorsqu'elle rencontrent de sérieuses difficultés ; même en assortissant ces versements de conditions d'utilisation précises, l'absence de tout contrôle juridictionnel sur ces sommes et l'inefficacité des contrôles administratifs en ce domaine conduisent à souhaiter une sérieuse réforme en ce domaine.

II - LES CONTRÔLES :

367 - Deux types de contrôles doivent être envisagés : d'une part celui exercé par les pouvoirs publics sur les entreprises bénéficiaires des aides financières et d'autre part celui exercé sur le gouvernement en raison de l'utilisation des fonds publics.

368 - Pendant longtemps, seules étaient assujetties à un contrôle économique et financier les entreprises industrielles et commerciales dont l'ampleur des opérations confère à cette intervention un caractère essentiel au plan national (104). Il s'agissait de C.I.I.-H.B. et des principales sociétés sidérurgiques (105). Puis, en 1978, le Gouvernement, par un décret et un arrêté du 30 mars (106), a décidé d'assujettir au même contrôle économique et financier que celui prévu par le décret du 26 mai 1955, les entreprises industrielles bénéficiant de prêts du F.D.E.S. ou des crédits d'action de politique industrielle ; mais ce contrôle n'est réalisé que lorsque l'ensemble des aides excède dix millions de francs ou lorsque les subventions excèdent deux millions de francs. Il est exercé par le Ministère des finances et porte sur le respect des engagements pris lors de la négociation de ces aides, sans intervenir dans la gestion des entreprises.

En réalité la pratique la plus récente a consisté à fractionner le versement des aides publiques, en vérifiant le respect des engagements pris par l'entreprise bénéficiaire avant le règlement intégral des sommes prévues initialement. Peu d'informations sont révélées au sujet de ces contrôles et ce manque de transparence peut être aussi constaté à propos des vérifications que le Parlement souhaite faire de l'utilisation des fonds publics.

(104) D. 55-733 du 26 mai 1955.

(105) M. Fromont, Le contrôle des aides financières publiques aux entreprises privées, A.J.D.A. 1979, p. 3 et s.

(106) D. 78-456 du 30 mars 1978, et arrêté de la même date, J.O. 31 mars 1978, 1393, D. 1978, L. 227, Rev. Soc. 1978, 352 ; Rép. Min. n° 31533, J.O. Déb. Ass. Nat. 13 octobre 1980, 4326.

369 - Le contrôle de l'action gouvernementale en ce domaine est en principe exercé par le Parlement, mais ce dernier n'est en mesure de le faire que de façon très limitée. En effet, la création d'organismes dispensateurs, la détermination des conditions d'attribution des aides, ainsi que leur ampleur relèvent du seul pouvoir réglementaire. Le Crédit d'Équipement des P.M.E. a été créé par Décret (107), le C.O.D.I.S. par un arrêté (108) et, le plus souvent, des circulaires ou des notes internes apportent les précisions nécessaires. Le gouvernement bénéficie d'une grande liberté pour la mise en œuvre de la politique économique qu'il a fixée ; le Parlement n'intervient que lors du vote de la loi de finances, de la loi de règlement ou bien encore par la nomination de commissions d'enquêtes (108).

A l'occasion de ces différents votes, les parlementaires sollicitent des informations précises, et saisissent parfois le Conseil Constitutionnel (110) qui, le 28 décembre 1976 a estimé que le gouvernement avait fourni des éléments suffisants de réponse pour leur permettre de remplir leur mission de contrôle. Les débats parlementaires permettent cependant d'avoir connaissance d'éléments assez précis, au moins sur les grandes masses budgétaires (111) ; d'ailleurs les ministres eux-mêmes ne fournissent que des chiffres approximatifs à propos du montant total des aides à l'industrie (112). Pourtant, depuis la loi de finances pour 1974 le gouvernement doit adresser au Parlement avec le projet de loi de règlement un rapport sur les fonds publics attribués au titre de l'aide aux entreprises industrielles (113) et, depuis la loi de finances pour 1976, préciser si les objectifs ont été atteints.

Un rapport de l'Inspection des Finances, rédigé par M. Hannoun sur l'aide de l'Etat aux entreprises a pourtant été remis en janvier 1979, mais il n'a jamais été publié. Le Ministre des transports, J. Le Theule, justifiait

(107) cf. supra n° 357.

(108) cf. supra n° 358.

(109) cf. supra n° 361 note 77 la Commission d'enquête à propos des industries textile et d'habillement.

(110) Cons. Const. 28 décembre 1976, J.O. 29 décembre 1976, A.J.D.A. 1977, p. 308.

(111) Rapport M. Blin, Sénat, n° 98, 19 novembre 1980, p. 41 et s.

(112) cf. supra déclaration de J.P. Prouteau, n° 352 note 8. Au 1er juillet 1981, après l'adoption du collectif budgétaire, 10,4 milliards de F. sont destinés aux entreprises en 1981, au lieu des 4,7 milliards de F. prévus dans la loi de finances pour 1981.

(113) Rép. Min. n° 26192, J.O. Déb. Ass. Nat., 9 juin 1980, 2362 pour les chiffres de 1974 à 1978.

à l'Assemblée Nationale le refus de sa divulgation en précisant qu'il s'agissait là d'un « document préparatoire à des délibérations gouvernementales », traitant de nombreux points couverts par « le secret fiscal, le secret douanier, voire le secret de la défense nationale » (114). Finalement le Ministère de l'économie a diffusé en décembre 1979 un nouveau rapport sur les aides publiques à l'industrie, selon lequel cinquante-six pour cent des concours publics se sont répartis en 1976 sur neuf pôles principaux : trois entreprises publiques, l'Aérospatiale, les Charbonnages de France et le Commissariat à l'énergie atomique, la société C.I.L.-Honeywell-Bull, dans laquelle il existe une participation publique minoritaire, et cinq sociétés privées (Dassault, C.G.E., Thomson-Brandt, Creusot-Loire et Alsthom-Atlantique), ces derniers recueillant dix-huit pour cent de l'aide totale.

En dépit des efforts récents pour regrouper certaines aides publiques, par l'institution du Crédit d'équipement des P.M.E., on peut constater que la question des contrôles demeure sans réponse vraiment nette. Ainsi que le relève M. Fromont (115) dans sa conclusion, le système français conduit à confier à la même autorité gouvernementale l'attribution et le contrôle des aides, et le pouvoir exécutif ne procède qu'à des contrôles réduits parce qu'il n'a pas en ce domaine une doctrine d'ensemble.

Et il ajoute : « L'administration française se comporte comme le ferait un banquier : c'est essentiellement l'aptitude de l'entreprise à réaliser une opération conforme aux objectifs de la politique économique et financière du gouvernement qui est prise en considération lors de l'octroi de l'aide et c'est la nécessité de veiller au bon emploi et éventuellement à son remboursement qui conduit l'administration française à « suivre » les résultats obtenus par l'entreprise bénéficiaire de la même façon qu'un banquier reste toujours en contact étroit avec ses clients ».

Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que la question se trouve posée assez fréquemment de la responsabilité des dispensateurs de crédits publics.

(114) M. Le Theule ajoutait : « C'est pourquoi il est difficile de concevoir, et il ne serait même pas convenable, que le Gouvernement publie un tel document dans la mesure où, isolé de ce contexte général de lutte économique... il ne répondrait finalement pas au souci légitime de l'information de la Nation sur la politique conduite par le Gouvernement dans le domaine industriel. J'ajoute que cette étude me paraît entrer de plein droit dans le champ des exceptions en matière de communication des documents administratifs, en raison de son caractère nominatif », Questions orales sans débat, J.O. Déb. Ass. Nat. 13 octobre 1979, 8207.

(115) art. préc., p. 12.

III - LA RESPONSABILITE DES DISPENSATEURS DE CREDITS PUBLICS

370 - L'importance et la fréquence des interventions des pouvoirs publics dans les tentatives de renfouement de certaines entreprises ne peuvent manquer de soulever la question de leur éventuelle responsabilité. Ce sujet a déjà donné lieu à d'importants travaux et débats (116), en particulier à l'occasion de la Conférence Générale des Tribunaux de Commerce à Versailles, le 21 novembre 1980 (117).

En effet, devant les chiffres de plus en plus élevés des passifs qui demeurent impayés, les actions en responsabilité se sont multipliées, que ce soit à l'encontre des banques, des fournisseurs, des dirigeants ou encore des syndicats, et seul l'Etat semble jouir d'une totale impunité. Pourtant, les aides publiques, en principe réservées aux hypothèses dans lesquelles elles sont en conformité avec l'intérêt général, peuvent, dans certaines situations, causer de graves préjudices aux créanciers. Il en est ainsi, en premier lieu, d'aides qui prennent la forme d'abstention, lorsque l'URSSAF ou le Trésor public ne procèdent pas au recouvrement de leurs créances volontairement, afin de retarder le dépôt du bilan. C'est créer un crédit fictif pour l'entreprise et diminuer d'autant les chances des créanciers chirographaires qui ont déjà contracté ou vont le faire pendant cette période. Le même résultat est atteint lorsque les fonctionnaires chargés de l'instruction des dossiers de demandes d'aides publiques, voire des ministres, font directement pression sur les banques et principaux fournisseurs afin qu'ils consentent de nouveaux crédits ou délais, ou consolident le passif ancien. Si le plan de redressement n'arrive pas à être mis en place par la suite, le dommage est réel pour ces mêmes créanciers et pour tous les autres. La question est loin d'être théorique, puisque dans une espèce, un pool bancaire, incité par les pouvoirs publics à renflouer une entreprise, avait ouvert un crédit moyennant la constitution d'une hypothèque, qui fut déclarée par la suite inopposable à la masse parce que conclue après la date de la cessation des paiements (118). Dans un autre

(116) C. Champaud, Les responsabilités des organismes publics et para-publics, Colloque de mai 1976, préc., p. 448 ; C. Champaud, La place de l'intérêt public dans les procédures collectives, Colloque de Lille 1978, préc., p. 109 ; Entreprises en difficulté et initiative publique, sous la dir. de A.M. Kumpf, R. Witterwulghé et P. Grand-Jean, Bruxelles, 1978 ; Colloque « La survie des entreprises privées en difficulté, Fondation Internationale pour l'Enseignement du Droit des Affaires, organisé à Québec du 2 au 6 octobre 1981 ; la question est présente dans une histoire romancée : P. Saint-Gil, Le vendredi des banquiers, Flammarion, 1981.

(117) Rapport de synthèse de P. du Roure, préc., spéc., p. 16 et s.

(118) Aix-en-Provence 4 juillet 1978, D. 1979, I.R., 6, obs. F. Derrida.

cas, plus récent, il a été avéré que le dépôt du bilan n'avait pu être reporté que grâce au soutien de l'Etat depuis plusieurs mois (119).

Enfin, lorsqu'une procédure judiciaire a été déclarée, l'intervention des pouvoirs publics se révèle fréquente, pour peu que l'entreprise emploie un certain nombre de salariés ou qu'elle constitue la seule activité économique d'une localité. Or, il arrive que loin de suffire, les aides publiques, lors même qu'elles ne sont pas accordées trop tardivement, n'aient pour autre résultat que de faciliter une exploitation déficitaire qui sera source de passif dit de masse, lésant considérablement les créanciers antérieurs, ou encore dits dans la masse.

Dans toutes ces hypothèses, qu'il s'agisse d'actes apparents, telles que des négociations au Ministère ou à la Préfecture ou l'attribution d'aides publiques, ou bien d'actions moins visibles, comme le conseil de révocation de tel ou tel dirigeant, ou l'insistance auprès des banques concernées, les praticiens (120) tout comme les auteurs ayant étudié ces sujets regrettent l'absence de mise en cause de la responsabilité de l'Etat ou des organismes comme l'URSSAF.

En dehors de l'hypothèse, conforme à une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, dans laquelle l'Etat a été reconnu responsable vis-à-vis d'une société en liquidation des biens, à la requête du syndic, pour avoir refusé de prêter le concours de la force publique pour l'exécution d'une décision de justice ordonnant l'évacuation immédiate de salariés se livrant à une « vente sauvage » des stocks (121), et bien que l'on ait opportunément relevé qu'il s'agissait du premier jugement, publié, mettant en œuvre cette jurisprudence dans le cadre d'une procédure collective, aucune décision connue n'est intervenue en ce domaine (121 bis). Le Tribunal de commerce de Marseille, le 27 février 1978 (122) a considéré que les dirigeants n'avaient pas à supporter l'insuffisance d'actif, dès lors que la continuation d'une exploitation déficitaire dans l'intérêt public, sur l'ordre des pouvoirs publics, ne leur était pas imputable. Une caisse régionale

(119) *Société Liné*, entreprise de machines-outils, en cours de réorganisation après l'ouverture d'une procédure judiciaire le 21 juillet 1981, alors que sa situation financière était mauvaise depuis plusieurs mois.

(120) voir Conférence générale des Tribunaux de Commerce, préc.

(121) Trib. Adm. Rennes 9 janvier 1980, Rev. Jurisp. Com. 1980, p. 322, note J. Mestre.

(121 bis) voir cependant : Trib. Com. Rouen 10 mars 1981, préc. supra n° 363 note 98, qui retient la responsabilité de l'Etat en le qualifiant de dirigeant de fait en prenant appui sur une lettre du Préfet qui confirmait les promesses du Gouvernement.

(122) Rev. Jurisp. Com. 1980, p. 317 note E. M.

du Crédit Agricole a été condamnée, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, à réparer le préjudice provoqué par le maintien de la survie d'une société dont la situation s'aggravait de plus en plus (123) envers les créanciers, et pour avoir incité les contractants à continuer de traiter avec l'entreprise défaillante.

Faut-il rechercher la cause de cette absence d'action en responsabilité dans le fait que les « syndics et les particuliers n'envisagent qu'avec réticence la perspective d'intenter une action contre des administrations aussi puissantes » (124), ou bien considérer qu'en cas d'action le Conseil d'Etat invoquerait la règle de l'opportunité pour débouter le demandeur (125) ? Il ne resterait, semble-t-il, que l'hypothèse d'une responsabilité personnelle des représentants de la puissance publique, à la condition que l'acte soit détachable du service, inspiré par un motif personnel ou révélateur d'une faute lourde. Mais cette dernière hypothèse paraît théorique, puisqu'il faudra rapporter la preuve de ces faits et aussi savoir quel est le fonctionnaire qui a agi...

Pourtant, un auteur (126) vient de montrer qu'il serait sans doute possible de faire application d'une jurisprudence inaugurée par le Conseil d'Etat le 22 octobre 1947, et qui avait, dans un cas particulier, retenu la responsabilité de l'Etat sur le fondement de l'atteinte à l'égalité devant les charges publiques (127). On s'interroge cependant sur le point de savoir s'il ne s'agit pas, en raison du caractère exceptionnel des faits, d'un arrêt d'espèce ; mais il ne semble pas y avoir de raison s'opposant à l'application de nos jours de cette jurisprudence.

(123) Nancy 15 décembre 1977, J.C.P. 1978, II, 18912, note J. Stoufflet, D. 1978, I.R., 255, obs. M. Vasseur, Rev. Jurisp. Com. 1980, 345, note E. Massin.

(124) Conférence générale des Tribunaux de Commerce, préc., p. 19.

(125) C. Champaud, art. préc.

(126) J. Mestre, note sous Trib. Com. Rennes 26 mars 1975, 15 septembre 1978, 17 avril 1979 (*Société Garnier*), Rev. Jurisp. Com. 1980, p. 20, spéc. n° 23.

(127) C.E. 22 novembre 1947, Rec. Lebon, p. 436, S. 1948, III, 21, concl. Odent., note A. Mathiot. Dans cette affaire, une entreprise importante se trouve paralysée par des conflits sociaux, à la veille de la Seconde Guerre mondiale ; le gouvernement du Front Populaire intervient par la voie d'une aide financière ; puis la mesure étant insuffisante, il fait pression, par l'intermédiaire de L. Blum, sur les administrateurs de la société pour qu'ils cèdent l'entreprise au personnel constitué sous la forme d'une société coopérative ouvrière de production ; l'expérience ayant échoué, un passif important étant constitué, la société reprend son entreprise et demande réparation à l'Etat du préjudice subi.

371 - **En conclusion**, la question de la responsabilité de l'Etat dispensateur de crédits publics met en lumière les lacunes graves du système de distribution des aides publiques. Les atteintes ainsi portées à la libre concurrence et à l'égalité devant les charges publiques, l'imprécision du régime juridique de ces crédits, le caractère discrétionnaire, et pratiquement sans contrôle, de ces mesures de renfloement, sans parler des variations constantes dans la doctrine économique et politique, rendent nécessaire l'élaboration d'une branche du droit économique, voire d'une magistrature économique.

Ne pourrait-on pas imaginer, à défaut pour les autorités judiciaires de pouvoir statuer sur des problèmes administratifs, qu'au moins lorsque ces aides interviennent au profit d'une entreprise qui se trouve placée sous main de justice, le tribunal puisse inclure dans le plan d'apurement ou le concordat ces prêts ou subventions, au lieu d'être tenu de les ignorer... ou bien au contraire de prendre appui sur de simples promesses pour qualifier de sérieux un redressement.

Mais cette proposition en apparence anodine pose en réalité l'immense question de la définition précise des rapports devant exister entre les pouvoirs publics et les entreprises. De fait, la véritable « mobilisation » générale des pouvoirs publics, des créanciers, des salariés, voire des actionnaires et des tiers, à laquelle on assiste souvent afin d'assurer la permanence de l'entreprise en difficulté est révélatrice des profonds changements intervenus depuis quelques années dans les mentalités. Les diverses techniques de renfloement ont bien une dualité d'objectifs en tentant d'assurer l'intérêt de l'entreprise en même temps que des intérêts collectifs.

S'il est possible de jeter les bases d'un « droit administratif » de la faillite, cela ne peut se réaliser qu'à la condition de déterminer le rôle exact des créanciers, des salariés et la place précise qui doit être celle des aides publiques. Ces divers intérêts légitimes ne doivent pas seulement se juxtaposer ou s'affronter mais être exactement mesurés et pris en compte.

372 - En **Conclusion générale** cette étude a permis de mettre en évidence l'existence d'un corps de normes communes aux entreprises en difficulté : la recherche systématique d'un plan global de redressement, dans le cadre des procédures collectives comme en dehors d'elles, montre la dualité de fonctions, préventive et curative, de ces techniques juridiques ; ce n'est qu'en intervenant alors que la situation n'est pas encore désespérée et en utilisant des moyens efficaces que le renfouement demeure possible. De même, les intérêts en cause ne se réduisent pas à ceux-là seuls des créanciers, mais doivent être conciliés avec ceux des salariés, de l'environnement économique et social régional et national.

Pourtant la réalité renvoie une image que l'on pourrait qualifier de négative, si l'on en juge du moins par le nombre croissant d'entreprises qui sont soumises aux procédures de concours en France (1) comme à l'étranger (2), et à bien des égards le droit positif se révèle inadapté. La raison majeure, au moins du point de vue juridique, doit être recherchée dans l'absence d'un politique juridique claire en la matière. A la suite des hésitations constantes entre les principes du libéralisme classique et ceux d'un dirigisme naissant, le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif n'ont pas fait preuve d'assez d'imagination et de réalisme. Le déclin de la conception traditionnelle de la propriété, l'importance de la notion d'entreprise et des droits des salariés en matière d'information, l'impossibilité actuelle d'instituer une procédure d'alerte suffisamment précoce et efficace, la conception trop étroite du secret des affaires, ou encore l'absence de codification des interventions financières publiques, constituent autant de domaines de réflexion qui nécessitent un examen attentif et permettraient ensuite d'élaborer de nouvelles règles.

A défaut, on voit se développer des techniques d'évitement des risques au profit des créanciers (3), le recours par les salariés à des moyens de pur fait, et une tendance assez générale à collectiviser les risques, ainsi que Beccaria le prévoyait déjà au XVIII^e siècle (4). On a institué une assurance légale contre l'insolvabilité de l'employeur, afin de permettre le

(1) Les derniers chiffres connus révèlent que pour les six premiers mois de l'année 1981, le nombre des défaillances d'entreprises s'est élevé à 10 584, soit une augmentation de 22,8 % par rapport à la même période de l'année 1980 (Le Monde 25 juillet 1981, p. 22).

(2) En Grande-Bretagne, l'augmentation au premier trimestre 1981 par rapport à 1980 est de 51 % (Le Monde 14 avril 1981, p. 18) ; en Allemagne Fédérale, l'augmentation des faillites de janvier à mai 1981, par rapport à 1980, est de 21,3 % (Le Monde 17 juillet 1981, p. 24).

(3) cf. supra n° 349.

(4) cf. la citation de Beccaria reproduite en exergue supra n° 63.

paiement d'une partie des salaires ; une voix s'élève pour demander la création d'une assurance obligatoire qui garantirait le paiement des créanciers au moyen des cotisations des entreprises (5)... C'est, pour cette dernière suggestion, oublier qu'il n'existe pas de « permis » de diriger une entreprise, ni aucune forme de certificat d'aptitude, et qu'à supposer que cela soit compatible avec la liberté d'entreprendre, les primes de cette assurance risqueraient fort d'être ruineuses pour les assurés eux-mêmes !

Dans ce domaine, et afin de garantir les chefs d'entreprise contre les risques d'une action en comblement du passif, une assurance de responsabilité des mandataires sociaux a été proposée par la New Hampshire Insurance Company (6), et elle ne paraît pas en contradiction avec l'exclusion légale de la faute intentionnelle ou dolosive (7) de l'assuré.

373 - Les propositions de réforme des actuelles procédures collectives se multiplient. En particulier, à l'occasion du vote en première lecture par l'Assemblée Nationale du projet de loi n° 974 (8), M. Longuet avait suggéré d'établir un lien entre les procédures administratives de redressement et les procédures judiciaires (9) ; plus récemment M. le Président J. Foyer a déposé une proposition de loi (10) qui a pour objectifs principaux d'unifier les procédures de redressement et de renforcer l'efficacité de la procédure de liquidation.

Pour l'heure, le seul projet connu du Gouvernement tend à accorder au Ministère Public dans les procédures collectives des pouvoirs plus importants, comparables à ceux que détiennent les créanciers.

(5) J. Martel, L'article 99 ou l'injure aux lois, *Gaz.-Pal.* 1979, I, D, 4.

(6) cf. le texte de ce contrat, reproduit en Annexes infra : *adde* : note F. Derrida, sous *Trib. Com. Pontoise* 26 janvier 1979, D. 1979, 457 ; note J.P. Sortais sous *Com.* 6 février 1979, *Rev. Soc.* 1980, 126, spéc., p. 130.

(7) Selon la jurisprudence la plus récente la faute dolosive volontaire n'est caractérisée que par la volonté de créer le dommage et non pas seulement d'en créer le risque : cf. *Civ.* 1^{er} 7 mai 1980, *J.C.P.* 1980, IV, 266 ; *Civ.* 1 25 mars et 7 mai 1980, D. 1981, 21, note G. Brière de l'Isle.

(8) cf. supra n° 54. Les différents projets déposés en 1979 seront profondément modifiés dans les prochains mois, dans le cadre de nouvelles propositions.

(9) J.O. Déb. Ass. Nat. 19 avril 1980, p. 592.

(10) Assemblée Nationale, n° 74, 8 juillet 1981.

Ces différentes réformes ne permettront cependant pas de résoudre l'ensemble des problèmes soulevés par les entreprises en difficulté. Quelques mesures pourraient être ajoutées, dans l'attente d'une refonte de l'ensemble de ces points, telles que l'augmentation des pouvoirs du Président du Tribunal (11), la création d'un droit d'alerte ouvert aux salariés et aux créanciers qui permettrait de saisir ce même Président de la situation de l'entreprise avec toute la discrétion nécessaire, ou encore une réelle clarification dans les procédures d'octroi et de contrôle des aides publiques. Ces quelques mesures auraient au moins le mérite de rendre nécessaire une meilleure diffusion des informations relatives à la situation de l'entreprise (12).

Une réforme audacieuse, qui comprendrait dans son domaine l'ensemble des questions posées par les entreprises en difficulté et ne se limiterait pas aux seules procédures de concours, s'avère tout à fait indispensable : elle permettrait de codifier le droit des entreprises en difficulté.

(11) cf. supra n° 321.

(12) en attendant le développement en France, à l'exemple des Etats-Unis, de banques de données contenant des informations, largement diffusées, relatives à la situation économique et financière des entreprises.

A N N E X E S

I - STATISTIQUES DES PROCÉDURES COLLECTIVES

Suspensions provisoires des poursuites (1968-1979), règlements judiciaires, liquidations des biens (Tribunaux de Commerce de Paris, Lyon, Chambéry, Bourg, Grenoble, Saint-Etienne).

II - DOCUMENTS

- Note du Président du Tribunal de Commerce de Lyon et du Procureur de la République de Lyon, relative aux concordats amiables (16 juillet 1973)
- Relations entre le Parquet de Lyon et les commissaires aux comptes (15 octobre 1976)
- Contrat d'assurance responsabilité professionnelle des mandataires sociaux (New Hampshire Insurance Company)

III - ELEMENTS DE DROIT COMPARE

Belgique, Allemagne Fédérale, Suisse, Pays-Bas, Italie.

STATISTIQUES DES PROCEDURES COLLECTIVES

– SUSPENSIONS PROVISOIRES DES POURSUITES

Etablies par Monsieur le Président H. RICHAUD pour la Conférence Générale des Présidents et Membres des Tribunaux de Commerce de France, et reproduites avec son aimable autorisation.

- Statistiques d'ensemble du 1 janvier 1968 au 31 décembre 1979
- Statistiques d'ensemble par tribunaux du 1 janvier 1968 au 31 décembre 1979
- Statistiques de l'année 1978
- Statistiques de l'année 1979

– REGLEMENTS JUDICIAIRES, LIQUIDATIONS DES BIENS, FAILLITES

- Tribunal de Commerce de Paris, années 1978 et 1979 (Annexées au Discours prononcé le 4 janvier 1980 par M. le Président J. PIOT lors de l'Audience Solennelle d'installation du Tribunal, Imprimerie Municipale, Paris, 1980, p. 48 et s.)
- Tribunaux de Commerce de Lyon, Chambéry, Bourg, Grenoble, Saint-Etienne, années 1975 à 1978-1979
(Etablies par Monsieur le Président H. RICHAUD et reproduites avec son aimable autorisation).

SUSPENSIONS PROVISOIRES DES POURSUITES

(Statistiques établies par Monsieur le Président H. RICHAUD pour la Conférence Générale des Présidents et Membres des Tribunaux de Commerce de France, et reproduites avec son aimable autorisation)

- Statistiques d'ensemble du 1 janvier 1968 au 31 décembre 1979
- Statistiques d'ensemble par tribunaux du 1 janvier 1968 au 31 décembre 1979
- Statistiques de l'année 1978
- Statistiques de l'année 1979

SUSPENSIONS PROVISOIRES DES POURSUITES													
STATISTIQUES D'ENSEMBLE DU 1 ^{er} JANVIER 1968 AU 31 DECEMBRE 1979													
	1968	1969	1970	1971	1972	1973	1974	1975	1976	1977	1978	1979	Total
— Requêtes présentées	21	18	45	20	13	14	62	75	81	109	84	50	595
— Suspensions prononcées	14	14	39	12	9	5	48	48	63	88	65	40	445
— Plans acceptés	8	7	28	12	5	3	26	32	32	47	42	24	266
— Transformations en R.J.	7	8	14	4	8	7	24	16	15			25	
— Transformations en L.B.	1	1	1	1	1	0	4	5	6	42	54	1	245
— Nombre de plans en cours d'exécution au 31-12-1979													91
— Nombre de S.P.P. terminées, du 1-1-1968 au 31-12-1979													90

SUSPENSIONS PROVISOIRES DES POURSUITES											
STATISTIQUES D'ENSEMBLE PAR TRIBUNAUX DU 1 ^{er} JANVIER 1968 AU 31 DECEMBRE 1979											
	Bordeaux	Lille	Limoges	Lyon	Marseille	Nancy	Paris	Rennes	Strasbourg	Toulouse	TOTAL
— Requêtes et saisines d'office .	25	73	30	36	47	59	165	70	29	61	595
— Suspensions prononcées	11	54	26	29	30	41	132	60	17	45	445
— Plans acceptés	6	35	13	21	18	28	70	36	12	27	266
— Transformations en R.J.	12	26	11	18	20	21	55		6	27	
— Transformations en L.B.	1	1	0	2	1	4	7	27	3	3	245
— Nombre de plans en cours d'exécution au 31-12-1979	1	8	6	7	4	15	38	7	2	3	91
— Nombre de plans exécutés en totalité du 1-1-1968 au 31-12-1979	1	16	3	4	6	6	22	14	6	12	90

SUSPENSIONS PROVISOIRES DES POURSUITES - ANNEE 1978

	Bordeaux	Lille	Limoges	Lyon	Marseille	Nancy	Paris	Rennes	Strasbourg	Toulouse	Total
Nombre de requêtes	2	11	9	2	3	15	28	9	1	4	84
Nombre de saisines d'office ..	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1
Nombre de saisines par les créanciers	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Suspensions prononcées	0	8	8	2	2	12	23	8	1	1	65
Nombre de plans déposés	1	8	4	2	1	10	15	3	2	3	49
Nombre de plans acceptés	1	4	4	4	1	10	13	3	2	0	42
Echecs pendant la S.P.P. et pendant l'exécution du plan : — transformations en R.J.		7	3	2	2	5	11	0	2	2	34
— transformations en L.B.				1		1		1	1		4
Plans en cours d'exécution au 31 décembre 1978	5	11	4	8	5	12	34	8	4	4	93
Plans terminés du 1 ^{er} janvier 1968 au 31 décembre 1978	0	15	3	2	5	5	15	13	2	9	69

SUSPENSIONS PROVISOIRES DES POURSUITES - ANNEE 1979

	Bordeaux	Lille	Limoges	Lyon	Marseille	Nancy	Paris	Rennes	Strasbourg	Toulouse	Total
Nombre de requêtes	2	9	2	5	6	1	15	1	1	8	50
Nombre de saisines d'office ..	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Nombre de saisines par les créanciers	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Suspensions prononcées	2	5	2	4	5	2	13	1	0	6	40
Nombre de plans déposés	0	5	2	3	2	4	10	2	0	3	31
Nombre de plans acceptés	0	1	2	3	2	4	8	2	0	2	24
Echecs pendant la S.P.P. et pendant l'exécution du plan : — transformations en R.J.	2	3	0	4	2	3	4	1	1	5	25
— transformations en L.B.								1			1
Plans en cours d'exécution au 31 décembre 1979	1	8	6	7	4	15	38	7	2	3	91
Plans terminés du 1 ^{er} janvier 1968 au 31 décembre 1979	1	16	3	4	6	6	22	14	6	12	90

– REGLEMENTS JUDICIAIRES, LIQUIDATIONS DES BIENS, FAILLITES

Tribunal de Commerce de Paris, années 1978 et 1979 (Annexées au Discours prononcé le 4 janvier 1980 par M. le Président J. PIOT lors de l'Audience Solennelle d'installation du Tribunal, Imprimerie Municipale, Paris, 1980, p. 48 et s.)

REGLEMENTS JUDICIAIRES

DESIGNATION	ANNEE 1978		ANNEE 1979	
	(1)	(2)	(1)	(2)
Règlements judic. restant de l'année précédente	22	1 033	18	1 105
Règlements prononcés pendant l'année	—	551	—	498
Règlements terminés pendant l'année	5	479	5	456
Règlements remplacés en règlement judiciaire ..	1	—	—	—
Règlements restant en cours à la fin de l'année	18	1 105	13	1 147

(1) Ancien régime (décret du 20 mai 1955).
(2) Nouveau régime (loi du 13 juillet 1967).

Les 498 déclarations de règlements judiciaires se composent comme suit :

DESIGNATION	ANNEE 1978		ANNEE 1979	
	(1)	(2)	(1)	(2)
Sur déclaration de cessation des paiements ..	—	413	—	353
Sur assignation	—	64	—	77
Sur résolution du concordat	—	—	—	—
Sur réouverture d'union	—	—	—	—
Sur avis du Parquet	—	—	—	—
D'office	—	31	—	21
Sur rapport de faillite ou liquidation des biens	—	34	—	44
Sur arrêt de la Cour	—	7	—	1
Remplacés au règlement judiciaire	1	—	—	2
Totaux	1	551	—	498

(1) Ancien régime (décret du 20 mai 1955).
(2) Nouveau régime (loi du 13 juillet 1967).

Tableau comparatif du mode de terminaison des règlements judiciaires

DESIGNATION	ANNEE 1978		ANNEE 1979	
	(1)	(2)	(1)	(2)
Concordat pur et simple	1	118	1	113
Concordat avec abandon d'actif	1	11	1	10
Défaut ou rejet de concordat	1	—	—	—
Conversion en faillite et liquidation des biens	2	333	2	304
Jugement de jonction	—	7	—	12
Clôture faute d'actif	—	—	1	2
Rapport de règlement par arrêt	—	3	—	—
Clôture faute d'intérêt de masse	—	7	—	15
Totaux	5	479	5	456

(1) Décret du 20 mai 1955.
(2) Loi du 13 juillet 1967.

Dividendes promis dans les règlements judiciaires terminés par concordat simple

DESIGNATION	ANNEE 1978		ANNEE 1979	
	(1)	(2)	(1)	(2)
De 15 à 40 %	—	—	—	—
De 40 à 50 %	—	—	—	—
De 50 à 60 %	—	2	—	2
De 60 à 70 %	—	3	—	12
De 70 à 80 %	—	10	—	17
De 80 à 90 %	—	7	—	8
De 90 à 100 %	1	4	—	—
De 100 %	—	92	—	74
Totaux	1	118	—	113

(1) Décret du 20 mai 1955.
(2) Loi du 13 juillet 1967.

Les règlements judiciaires se répartissent ainsi qu'il suit :

DESIGNATION	ANNEE 1978		ANNEE 1979	
	(1)	(2)	(1)	(2)
Sociétés à responsabilité limitée	1	220	—	211
Sociétés anonymes	—	260	—	209
Sociétés en nom collectif	—	—	—	4
Sociétés diverses	—	2	—	3
Particuliers	—	69	—	71
Totaux	1	551	—	498

(1) Décret du 20 mai 1955.
(2) Loi du 13 juillet 1967.

Les règlements judiciaires en cours fin 1979 se décomposent comme suit au point de vue durée :

DUREE	NOMBRE	
Sont ouverts depuis :	(1)	(2)
Plus de 5 ans	11	42
4 à 5 ans	1	47
3 à 4 ans	1	74
2 à 3 ans	—	102
1 à 2 ans	—	437
Moins d'un an	—	445
Totaux	13	1 147

(1) Décret du 20 mai 1955.
(2) Loi du 13 juillet 1967.

(1) Décret du 20 mai 1955 : les règlements judiciaires terminés au 31 décembre 1979 ont eu une durée moyenne de treize ans six mois.

Un commissaire a été nommé dans les concordats.

(2) Loi du 13 juillet 1967 : les règlements judiciaires terminés au 31 décembre 1979 ont eu une durée moyenne de trois ans.

54 contrôleurs ont été nommés dans ces règlements.

124 commissaires ont été nommés dans les concordats.

Montant et répartition du passif enregistré dans les règlements judiciaires

DESIGNATION	ANNEE 1978	ANNEE 1979
	(francs)	(francs)
Passif total	4 495 631 961,95	4 833 787 789,41
Passif chirographaire	2 065 313 059,35	3 584 933 711,05
Passif privilégié	2 430 318 902,60	1 248 854 078,36
Le passif privilégié se décompose de la façon suivante :		
Trésor	627 504 057,53	291 012 294,43
Sécurité sociale	342 547 151,56	244 085 388,96
Divers	1 460 267 693,51	713 756 394,97

FAILLITES (20 mai 1955)
LIQUIDATIONS DES BIENS (13 juillet 1967)

DESIGNATION	ANNEE 1978		ANNEE 1979	
	(1)	(2)	(1)	(2)
Faillites ou liquidations des biens restant de l'année précédente	197	5 537	150	6 157
Faillites ou liquidations des biens déclarées pendant l'année	1	2 574	—	2 641
Faillites ou liquidations des biens déclarées sur rapport de clôture	14	30	14	45
Conversions en faillites ou liquidations des biens	2	333	2	304
Faillites ou liquidations des biens rouvertes après union	2	—	2	—
Faillites ou liquidations des biens terminées pendant l'année	66	2 317	50	2 611
Faillites ou liquidations des biens restant en cours à la fin de l'année	150	6 157	118	6 536

(1) Décret du 20 mai 1955 (faillites).
(2) Loi du 13 juillet 1967 (liquidations des biens).

Les 2 déclarations de faillite et les 2 945 déclarations de liquidations des biens se décomposent comme suit :

DESIGNATION	ANNEE 1978		ANNEE 1979	
	(1)	(2)	(1)	(2)
Sur déclaration de cessation de paiements	—	1 002	—	1 040
Sur assignation	—	1 414	—	1 426
Sur résolution de concordat :				
Sur assignation	1	9	—	13
Sur D.C. P.	—	7	—	9
D'office	—	34	—	32
Sur avis du Parquet	—	—	—	—
D'office	—	104	—	114
Sur arrêt de la Cour	—	4	—	7
Sur conversion de règlement judiciaire	2	333	2	304
Totaux	3	2 907	2	2 945

(1) Décret du 20 mai 1955 (faillites).
(2) Loi du 13 juillet 1967 (liquidations des biens).

Tableau comparatif du mode de terminaison des faillites et des liquidations des biens

DESIGNATION	ANNEE 1978		ANNEE 1979	
	(1)	(2)	(1)	(2)
Concordat pur et simple	—	—	—	—
Concordat par abandon d'actif	—	—	—	—
Union des créanciers	16	107	12	120
Rapport du jugement déclaratif	—	25	—	40
Rapport de conversion en faillite	—	—	—	—
Clôture pour insuffisance d'actif	33	2 047	26	2 296
Clôture faute d'intérêt de masse	17	80	12	87
Jonction de faillite ou liquidation des biens ..	—	22	—	24
Rapport de faillite ou liquidation des biens en règlement judiciaire	—	36	—	44
Totaux	66	2 317	50	2 611

(1) Décret du 20 mai 1955 (faillites).
(2) Loi du 13 juillet 1967 (liquidations des biens)

Dividendes réalisés dans les faillites et liquidations des biens terminés par union :

DESIGNATION	ANNEE 1978		ANNEE 1979	
	(1)	(2)	(1)	(2)
De 0 à 5 %	2	—	3	—
De 5 à 10 %	7	—	1	—
De 10 à 20 %	1	—	4	—
De 20 à 30 %	2	—	1	—
De 30 à 40 %	—	—	—	—
De 40 à 50 %	3	—	—	—
De 50 à 60 %	—	—	2	—
De 60 à 70 %	—	—	—	—
De 70 à 80 %	—	—	—	—
De 80 à 90 %	—	—	—	—
De 90 à 100 %	—	—	—	—
De 100 %	1	—	1	—
N'ont rien produit	—	—	—	—
Totaux	16	—	12	—

(1) Décret du 20 mai 1955 (faillites).
(2) Loi du 13 juillet 1967 (liquidations des biens).

Les faillites nouvelles et les liquidations des biens se répartissent ainsi qu'il suit :

DESIGNATION	ANNEE 1978		ANNEE 1979	
	(1)	(2)	(1)	(2)
Sociétés à responsabilité limitée	2	1 673	1	1 701
Sociétés anonymes	—	449	1	434
Sociétés en nom collectif	—	7	—	7
Sociétés diverses	—	9	—	12
Particuliers	1	769	—	791
Totaux	3	2 907	2	2 945

(1) Règlements judiciaires (loi du 13 juillet 1967, mise en application le 1^{er} janvier 1968).

(2) Liquidation des biens (loi du 13 juillet 1967, mise en application le 1^{er} janvier 1968).

Les faillites et les liquidations des biens
se décomposent comme suit au point de vue durée :

DESIGNATION	ANNEE 1978		ANNEE 1979	
	(1)	(2)	(1)	(2)
Sont ouvertes depuis :				
Plus de 5 ans	112	152	94	222
4 à 5 ans	11	348	8	404
3 à 4 ans	12	452	7	521
2 à 3 ans	6	626	5	689
1 à 2 ans	7	1 741	4	1 812
Moins de 1 an	2	2 838	—	2 888
Totaux	150	6 157	118	6 536

(1) Règlements judiciaires (loi du 13 juillet 1967, mise en application le 1^{er} juillet 1968).

(2) Liquidation des biens (loi du 13 juillet 1967, mise en application le 1^{er} juillet 1968).

Les faillites terminées au 31 décembre 1979 ont eu une durée moyenne de quinze ans sept jours.

Les liquidations des biens terminées au 31 décembre 1979 ont eu une durée moyenne de trois ans dix mois quatre jours.

38 contrôleurs ont été nommés dans les liquidations des biens.

**MONTANT ET REPARTITION DU PASSIF
ENREGISTRE DANS LES LIQUIDATIONS DES BIENS**

DESIGNATION	ANNEE 1978	ANNEE 1979
	(francs)	(francs)
Passif total	2 556 709 565,97	2 808 578 391,80
Passif chirographaire	1 370 206 824,86	1 506 061 506,19
Passif privilégié	1 186 502 741,11	1 247 516 885,11
Le passif privilégié se décompose de la façon suivante :		
Trésor	388 832 759,11	521 070 298,77
Sécurité sociale	224 278 745,75	263 263 210,61
Divers	573 396 236,25	518 183 375,78

JUGEMENTS DIVERS

DESIGNATION	ANNEE 1978	ANNEE 1979
Faillites (décret du 20 mai 1955) :	—	—
Jugements d'extension	—	—
Déchéance du droit de gérer (décret de 1935) ..	—	—
Responsabilité du passif		
Liquidations des biens (loi du 13 juillet 1967) :		
Jugements d'extension	26	28
Déchéance du droit de gérer	840	779
Responsabilité du passif	140	136
Faillites personnelles	114	125

REGLEMENTS JUDICIAIRES, LIQUIDATIONS DES BIENS, FAILLITES

Tribunal de Commerce de Lyon, années 1974 à 1979

Tribunaux de Commerce de Chambéry, Bourg, Grenoble, Saint-Etienne, années 1975 à 1978

(Etablies par Monsieur le Président H. RICHAUD et reproduites avec son aimable autorisation)

REGLEMENTS JUDICIAIRES ET LIQUIDATION DES BIENS

LYON

	1974	1975	1976	1977	1978	1979
Liquidation des biens	299	405	334	353	359	365
Règlements judiciaires	43	41	44	55	52	56
Total L.B. + R.J.	342	446	378	408	411	421
Conversions	14	21	36	22	36	31
Privilèges Trésor (en milliers de francs)	79 113	296 271	376 759	731 839	437 019	2 439 427
Privilèges Sécurité sociale (en milliers de francs)	10 330	35 223	41 463	24 629	29 085	26 688
Jugements (art. 99)				26	37	16
Jugements (art. 101)				11	8	23

REGLEMENTS JUDICIAIRES ET LIQUIDATIONS DES BIENS								
	CHAMBERY				BOURG			
	1975	1976	1977	1978	1975	1976	1977	1978
Liquidations des biens	36	31	28	30	42	37	53	51
Règlements judiciaires	10	13	14	10	9	11	20	18
Total L.B. + R.J.	46	44	42	40	51	48	73	69
Conversions	4	10	8	7	8	7	4	8
Privilèges Trésor (en milliers de francs)	14 061	21 486	19 822	23 204	10 902	7 650	28 716	17 794
Privilèges Sécurité sociale (en milliers de francs)	3 004	3 029	4 613	3 997	7 021	7 434	4 785	5 338
Jugements (art. 99)			0				1	
Jugements (art. 101)			1				1	

REGLEMENTS JUDICIAIRES ET LIQUIDATIONS DES BIENS								
	GRENOBLE				SAINT-ETIENNE			
	1975	1976	1977	1978	1975	1976	1977	1978
Liquidation des biens	123	89	129	146	94	75	87	106
Règlements judiciaires	24	32	34	44	22	17	17	33
Total L.B. + R.J.	147	121	163	190	116	92	104	139
Conversions	33	41	24	40	7	12	7	1
Privilèges Trésor (en milliers de francs)	40 056	74 354	92 358	58 924	46 364	19 164	55 436	68 714
Privilèges Sécurité sociale (en milliers de francs)	19 138	35 744	16 993	33 560	6 655	24 739	16 198	14 648
Jugements (art. 99)			1				0	
Jugements (art. 101)			2				1	

DOCUMENTS

- Note du Président du Tribunal de Commerce de Lyon et du Procureur de la République relative aux concordats amiables (16 juillet 1973)
- Relations entre le Parquet de Lyon et les commissaires aux comptes (15 octobre 1976)
- Contrat d'Assurance responsabilité professionnelle des mandataires sociaux
(New Hampshire Insurance Company)

– Lettre adressée le 16 juillet 1973 à M. M. :
 Le Bâtonnier de l'ordre des Avocats,
 Le Président de l'ordre des Experts-comptables,
 Le Président de la Compagnie des Commissaires aux comptes,
 Le Président de la Compagnie des Conseils juridiques syndics,
 par M. Le Procureur de la République à Lyon (M. BLAES) et M. Le Président du Tribunal de Commerce de Lyon (H. RICHAUD).

Monsieur,

Des difficultés sérieuses étant apparues récemment à l'occasion de l'exécution de pactes d'atermoiement dans plusieurs entreprises en difficulté, nous tenons à vous faire connaître notre position sur cette question.

Il serait vain de contester que ceux qui recourent à cette pratique sont déjà en état de cessation des paiements. Il est généralement avancé qu'un tel pacte est fait autant dans l'intérêt des créanciers assurés d'être payés dans les meilleures conditions que de l'entreprise qui peut ainsi surmonter une crise estimée passagère.

Des exemples récents nous montrent qu'il n'en est pas toujours ainsi. Des pactes ont été proposés dans des entreprises irrémédiablement condamnées dans le seul but de poursuivre abusivement des exploitations déficitaires. Les droits des créanciers – ou plutôt de certains d'entre eux – ont été compromis ; le déficit s'est aggravé.

Il n'est pas besoin d'insister sur ce que de telles pratiques ont de condamnable économiquement ; elles se traduisent par des pertes importantes pour des individus ou des collectivités. C'est pourquoi les peines de la banqueroute sont applicables à ceux qui, en état de cessation des paiements, déposent tardivement leur bilan ou ne respectent pas l'égalité entre les créanciers.

La pratique des pactes d'atermoiement, le plus souvent contestable, parfois utile, ne pouvant être niée, il nous est apparu indispensable de

mettre en garde les professionnels du droit ou de la gestion des entreprises qui entendraient apporter leur concours à la conclusion de tels « concordats amiables ».

Nous estimons que le pacte d'atermolement est une faveur qui doit se mériter et qui ne peut donc être envisagée que dans les entreprises :

- qui ont observé toutes les prescriptions légales, s'il s'agit de sociétés ;
- qui peuvent présenter une comptabilité régulièrement tenue ou centralisée par un expert-comptable ou comptable agréé, inscrit à l'Ordre ;
- qui peuvent donc fournir les éléments pour apprécier si la situation est ou non irrémédiablement compromise et s'il a été fait usage de moyens frauduleux ou ruineux de se procurer des fonds ;
- qui peuvent enfin proposer des mesures pour redresser la situation.

Le Tribunal de Commerce, comme le Parquet, n'entendent pas accorder leur caution à des pactes qui ne peuvent être contractés qu'en dehors d'eux.

Le Parquet de Lyon se propose, par contre, d'effectuer des contrôles ultérieurs s'il est saisi d'une réclamation ou si l'entreprise est finalement déclarée en état de liquidation des biens ou de règlement judiciaire. Il n'exclut pas d'exercer des poursuites contre ceux qui en qualité de complices auraient apporté leur concours à la conclusion ou à l'exécution d'un pacte d'atermolement sans s'être assurés que l'entreprise remplissait les conditions ci-dessus et notamment sans avoir recueilli les renseignements indispensables qui figurent, à titre indicatif, dans l'annexe jointe.

Nous vous serions obligés, si vous l'estimez utile, de diffuser cette lettre auprès de vos confrères.

Veillez agréer, Monsieur...

ANNEXE A LA LETTRE DU 16 JUILLET 1973 :

1. Situation de l'entreprise

M. expert-comptable ou comptable agréé demeurant à
a établi ou vérifié la dernière situation arrêtée au

M. commissaire aux comptes demeurant à a vérifié
l'exercice clos le

11. Bilans comparés

Actif

197.. 197.. Situation au..

Immobilisations nettes

Stocks

Valeurs réalisables

Valeurs disponibles (A)

Passif

Capital et réserves

Dettes à long terme

Dettes à court terme (B)

12. Insuffisance de trésorerie B – A

13. Carnet de commandes (par mois et par nature de produits)

14. Eléments de l'exploitation

197. . 197. . au. .

Ventes H.T. en France

Ventes à l'exportation

Bénéfices nets

Pertes nettes

Effectif du personnel

2. Eléments d'appréciation de la situation

(la situation est-elle ou non irrémédiablement compromise ?)

(a-t-on ou non utilisé des moyens frauduleux ou ruineux pour se procurer des fonds ?)

211. Protêts

– occasionnels OUI NON montant : . . .

– en série OUI NON montant : . . .

joindre l'état des protêts.

212. Nantissements

– pour achat d'immobilisation

montant : . . .

– en garantie d'avances

montant : . . .

joindre l'état des nantissements

213. Privilèges

– au profit de l'Etat

montant : . . .

– au profit des Organismes sociaux

id : . . .

– autres

id : . . .

joindre l'état des inscriptions de privilèges

214. Hypothèques

Ont-elles été récemment consenties OUI NON montant

joindre relevé

215. Contrat de leasing

dates organismes objet échéances montant restant dû des contrats

216. Découvert permanent en banque

A-t-il été utilisé ? OUI NON

Depuis quelle date ?

Auprès de quelles banques ?

Relevé des découverts des 24 derniers mois

Les banques consentent-elles à maintenir le découvert ?

Pour quel montant ?

Liste des garanties déjà données

Les dirigeants ont-ils donné leur caution personnelle ?

Lesquels ?

Y a-t-il eu déjà des paiements par subrogation ?

dates ? montant ?

217. Effets de complaisance

Des tirages ont-ils existé ? OUI NON

Dates et montants

Montant des effets remis à l'escompte non encore échus :

218. Paiements préférentiels de créanciers

De tels paiements ont-ils été effectués depuis que les difficultés financières existent ?

Noms et adresses des bénéficiaires – sommes – dates d'échéances normales – date des règlements.

219. Saisies effectuées

Dates par qui au profit de qui portant sur :

220. Chèques sans provision

En a-t-il été émis ?

Dates bénéficiaires montant :

221. Réalisations d'actif déjà effectuées

Nature des biens vendus

Dates

Montant au bilan – prix de vente

Nom et adresse des acquéreurs

222. Fonds de commerce

Est-il encore ouvert ou exploité ? OUI NON

Depuis quelle date est-il fermé ?

223. Indemnités de licenciement (au cas de fermeture)

Montant à prévoir

Charges correspondantes

Sont-elles incluses dans le passif ?

224. Référé

A-t-il demandé la nomination d'un administrateur provisoire ?

3. *Mesures proposées en vue de redresser la situation*

31. Apports de capitaux frais Montant délai

par le commerçant

par les dirigeants

par les fournisseurs

par d'autres tiers (lesquels ?)

32. Conversion de créances en capitaux permanents

apport en capital

conversion en dettes à long ou moyen terme

N.B. les créances sont-elles certaines, liquides et exigibles ?

33. Concours financiers

des banquiers

autres

34. Réalisations possibles d'éléments d'actif immobilisé

bâtiments. . .

(préciser si ces éléments sont encore nécessaires à l'exploitation)

35. Délestage du stock

(préciser les conditions de réalisation)

36. Chiffre d'affaires prévisionnel

(pendant le moratoire)

37. Plan de trésorerie

(pendant le moratoire)

38. Rentabilité et autofinancement

amortissements

provisions

bénéfices nets ou perte nette

39. Effectif du personnel

mesures à prévoir

– Lettre adressée le 15 octobre 1976 à :

Monsieur le Président de la Compagnie régionale des Commissaires aux comptes

par M. le Procureur de la République, à Lyon (R. SORGUES)

Monsieur le Président,

L'étude de récents dossiers d'enquêtes effectuées à la suite de jugements de liquidation des biens de sociétés anonymes m'a permis de constater que l'état de cessation des paiements était souvent bien antérieur à la date de dépôt du bilan ou de l'assignation, et que, néanmoins, les Commissaires aux comptes qui en avaient eu connaissance n'avaient pas cru devoir effectuer une démarche à mon Parquet.

Il convient de rappeler, tout d'abord, que l'omission de déclaration de l'état de cessation des paiements de la société dans le délai de 15 jours, est constitutive du délit prévu par l'article 131-6 de la loi du 13 juillet 1967, et, par conséquent, entre dans les cas de révélations prévus par les articles 233 § 2 et 457 de la loi du 24 juillet 1966.

Je n'ignore pas les scrupules des Commissaires aux comptes qui peuvent craindre qu'à la suite de leurs démarches une action intempestive du Parquet (enquête de Police, convocation du dirigeant, auditions diverses etc . . .) ne vienne ajouter aux difficultés de la société et entraîne (avec la suppression des crédits bancaires et l'arrêt des livraisons par les fournisseurs) la perte irrémédiable de l'entreprise, alors que celle-ci ne traverse, peut-être, qu'une crise passagère (due à des difficultés d'ordre conjoncturel ou structurel) et qu'un redressement aurait pu être possible.

Je vous serais donc obligé si vous vouliez bien rappeler aux membres de votre compagnie qu'ils peuvent être assurés, non seulement de la prudence (et, bien évidemment, de la plus totale discrétion) mais encore de la certitude que la meilleure suite à donner à la révélation sera examinée avec le Commissaire aux comptes lui-même.

J'ai parfaitement conscience qu'en cette matière délicate, un climat de confiance doit s'établir entre le Magistrat et le Commissaire aux comptes, en vue de la recherche de la meilleure solution possible, qui peut aller du classement provisoire du dossier (si les chances de redressement sont suffisantes) à l'enquête pénale immédiate (avec intervention de mon Parquet auprès du Tribunal de Commerce pour une mise d'office en liquidation des biens) si la situation apparaît définitivement compromise et si la poursuite de l'activité ne peut avoir pour seul résultat qu'une aggravation du passif et une augmentation du nombre des victimes.

Il est, en effet, inadmissible que l'optimisme irréal d'un dirigeant et la passivité complice d'un Commissaire aux comptes, puissent (ainsi que j'ai pu le relever dans plusieurs dossiers) permettre à une entreprise de poursuivre, au détriment notamment des fournisseurs et des clients, une activité lourdement déficitaire, sans aucun espoir de redressement.

A ce sujet, je me permets d'attirer votre attention sur la nécessité pour les Commissaires aux comptes de se montrer tout spécialement vigilants pour les sociétés de construction ou de promotion immobilière dont les éventuelles victimes (généralement modestes épargnants) sont particulièrement dignes d'intérêt.

A mon sens, l'état de cessation des paiements apparaîtra (et devra donc donner lieu à démarches auprès de mon Parquet) dans les cas suivants (chacun de ces critères étant de valeur inégale, et, parfois, seule leur conjonction pouvant être significative) :

- inscription de privilèges en matière de Sécurité Sociale et fiscale (en faisant abstraction des créances contentieuses),
- inscription d'une série de protêts,
- reports, systématiquement renouvelés, d'échéances,
- émission de chèques sans provision,
- retard dans le paiement des salaires,
- lettre, ou circulaire, adressée aux créanciers en vue d'obtenir un pacte d'atermoïement,
- perte des 3/4 de l'actif net,
- moyens ruineux de se procurer des fonds (exemple : frais financiers excessifs compte tenu du type d'entreprise et de la conjoncture économique générale), etc.

J'ajoute qu'il est, par ailleurs, souhaitable que, **systématiquement**, les Commissaires aux comptes me fassent parvenir un exemplaire du bilan et de leur rapport (ainsi qu'une copie du procès-verbal de l'Assemblée Générale) au cas de refus de certification ou d'approbation des comptes. Il est, en effet, évident qu'il y a alors présentation de faux bilan, donc délit à révéler, étant, encore une fois entendu, qu'en la matière l'intervention de mon Parquet saura être prudente.

En vous remerciant de la collaboration que vous avez constamment apportée à mon Parquet, je vous prie, Monsieur le Président. . .

CONTRAT D'ASSURANCE RESPONSABILITE PROFESSIONNELLE DES MANDATAIRES SOCIAUX.

New Hampshire Insurance Company.

(reproduit avec l'aimable autorisation de Monsieur Philippe QUETIER,
Agence de Lyon).

RESPONSABILITE PROFESSIONNELLE DES MANDATAIRES SOCIAUX

ARTICLE I – DEFINITIONS

I. – Par Assureur, il faut entendre la :

NEW HAMPSHIRE INSURANCE COMPANY

24, Avenue de la Grande Armée

75017 – PARIS

2. – Par Souscripteur, il faut entendre :

La Société Souscriptrice du présent contrat agissant pour compte et au profit de ses administrateurs ou mandataires sociaux.

3. – Par Assurés, il faut entendre :

Les Administrateurs ou Mandataires Sociaux de la Société souscriptrice, nominativement désignés aux Conditions Particulières et nommés régulièrement, conformément à la loi ou aux statuts.

On entend par MANDATAIRES SOCIAUX, et en fonction de la forme et du type de Société :

- Le Président Directeur Général
- Le Directeur-Général Adjoint
- Les Directeurs Généraux
- Le Président du Conseil d'Administration
- Les administrateurs
- Les administrateurs délégués
- Le Directeur Général Unique du Directoire
- Les Membres du Directoire
- Les Membres du Conseil de Surveillance, y compris ceux des Sociétés en Commandite par actions
- Les gérants.

4. – Par TIERS il faut entendre :

Toutes autres personnes que les Assurés.

5. – Par FILIALE, il faut entendre :

Toute Société Française ou étrangère dans laquelle la Société souscriptrice détient plus de 50 % du Capital.

6. – Par FAUTE PROFESSIONNELLE, il faut entendre, notamment :
Toute erreur de fait ou de droit, toute faute par négligence, omission, déclaration inexacte, toute infraction aux dispositions légales ou statutaires, toute faute de gestion et en général tout acte fautif quelconque commis par les Assurés et qui engage leur responsabilité en leur qualité de Mandataire de la Société Souscriptrice ou de ses filiales.

7. – Par SINISTRE, il faut entendre :
Toute réclamation introduite contre les Administrateurs ou contre l'un d'entre eux par toute personne physique ou morale, et basée sur une faute professionnelle ou prétendue telle, commise dans l'exercice de leurs fonctions.
Toutes réclamations résultant d'une même cause initiale constituent un seul et même sinistre.

8. – Par DOMMAGE, il faut entendre :
Tout préjudice causé aux tiers, au sens du contrat, par une faute professionnelle commise par l'un ou plusieurs assurés.

9. – Par ANNEE D'ASSURANCE il faut entendre :
La période égale ou inférieure à 12 mois consécutifs, située entre :
– La date d'effet et la première échéance.
– Deux échéances principales.
– La dernière échéance et la date de cessation des effets du contrat ou de suspension des Garanties.

ARTICLE II – OBJET DE L'ASSURANCE

La présente assurance a pour objet de garantir les conséquences pécuniaires de toutes responsabilités que les assurés pourraient encourir, en vertu de toute législation française ou étrangère en cas de faute professionnelle commise par ceux-ci ou par l'un d'entre eux dans l'exercice de leur mandat d'administrateur ou de mandataire Social, soit de la Société Souscriptrice, soit de succursales ou de filiales françaises ou étrangères de la Société Souscriptrice.

L'assurance s'étend également AUX RECOURS qui seraient exercés :

- Contre les héritiers, légataires représentants légaux et ayants cause d'assurés décédés qui exerçaient leurs fonctions auprès de la Société Souscriptrice au moment où les fautes professionnelles ont été commises.
- Contre les représentants légaux ou ayants cause des assurés lorsque ces derniers sont frappés d'incapacité juridique ou lorsqu'ils sont déclarés faillis ou ont sollicité un concordat ou un sursis de paiement.
- Contre les administrateurs ou mandataires sociaux révoqués ou démissionnaires.

ARTICLE III – FONCTIONNEMENT DE LA GARANTIE

1. – La garantie s'applique pour toutes réclamations formulées entre la date de prise d'effet et la date de cessation des effets du contrat.

Demeurent toutefois exclues toutes les conséquences de fautes professionnelles ou de manquements professionnels assimilables à des fautes professionnelles que les assurés ne pouvaient ignorer avant la date de souscription du contrat comme étant susceptibles de faire jouer les garanties de la police, en raison de reproches précis qui leur auraient été adressés par des tiers.

2. – La Garantie est acquise par sinistre et année d'Assurance.

Après tout sinistre, le montant de la garantie sera réduit du montant de l'indemnité payée jusqu'à la prochaine date anniversaire de la prise d'effet.

Il ne sera pas accordé de possibilité de reconstitution de garantie en cours d'année d'Assurance si les garanties viennent à être épuisées après sinistre avant le début de la nouvelle année d'Assurance.

La garantie sera normalement reconstituée au début de chaque nouvelle année d'assurance sans que les Garanties accordées pour les années d'assurance précédentes et non épuisées puissent se cumuler avec la garantie d'assurance de l'année en cours, en cas de sinistre.

3. – Si les risques assurés par le présent contrat viennent à être garantis pendant la période indiquée ci-avant, par une autre assurance, la garantie du présent contrat n'interviendra qu'en complément, après épuisement ou à défaut des garanties accordées par le ou les autres contrats souscrits.

4. – La Garantie sera automatiquement acquise à tout nouvel administrateur ou mandataire social de la Société souscriptrice régulièrement élu ou nommé sans déclaration préalable du souscripteur. Celui-ci s'engage toutefois à déclarer à l'assureur dans les 2 mois qui suivent l'élection ou la nomination, ce nouvel assuré aux fins de régularisation par l'assureur.

ARTICLE IV – EXCLUSIONS

Sont exclus de la garantie du présent contrat

- Les réclamations imputables aux actions intentionnelles, frauduleuses et/ou dolosives prouvées des assurés.
- Les réclamations trouvant leur origine dans les avantages personnels de toutes natures dont les assurés ou les membres de leur famille vivant sous leur toit ont pu bénéficier en cette qualité.
- Les réclamations en remboursement contre les assurés de rémunération, émoluments ou tantièmes perçus.

- Les réclamations fondées sur l'attribution de sommes, commissions, biens en nature et tous autres avantages quelconques (autres que les cadeaux d'entreprise normaux) aux clients, fonctionnaires, et à toute personne en général, effectuées dans le but d'obtenir des avantages en retour.
- Les réclamations trouvant leur origine dans les fautes dont seule la société souscriptrice ou les sociétés dont les mandataires sociaux sont assurés au présent contrat, doivent répondre.
- Les dommages résultant de la vente ou de l'achat d'actions par les tiers dans la mesure où ces dommages sont dus à des informations ou publicités relatives aux résultats comptables des exercices précédents inexacts ou erronées publiées volontairement avant l'approbation des résultats par les assemblées générales.
- Les réclamations fondées sur la réparation de dommages corporels, matériels et immatériels pouvant faire l'objet d'une police d'assurance couvrant la responsabilité civile de droit commun des entreprises.
- Les réclamations fondées sur les conséquences dommageables d'une insuffisance ou d'un défaut d'assurance légalement obligatoire ou d'assurances couvrant la perte ou la destruction (y compris les pertes indirectes telles que privation de jouissance, pertes de bénéfice, ou perte d'exploitation) des bâtiments, installations, matériel et marchandises dont le souscripteur ou les sociétés dont les mandataires sociaux sont assurés au présent contrat, ont la propriété, l'utilisation, la garde pour les besoins de leurs activités.
- Les réclamations résultant de lock-out.
- Les réclamations résultant de dommages subis par le conjoint, les ascendants ou descendants des assurés dont la responsabilité est engagée.

Le souscripteur et les assurés s'interdisent de révéler l'existence de ce contrat à quiconque sans l'accord préalable de la compagnie.

ELEMENTS DE DROIT COMPARE

Une étude de quelques-uns des droits des pays voisins de la France, comparables sur le plan économique, apparaît utile pour comprendre la question des entreprises en difficulté. La tâche fondamentale du droit comparé n'est-elle pas de dégager de la comparaison des principaux droits nationaux les orientations communes qui laissent entrevoir les lignes sur lesquelles tend à s'édifier le droit de demain ? (1).

Les exemples offerts par le droit comparé permettent de constater qu'au-delà des divergences techniques, des évolutions historiques, des traditions ou des mentalités différentes (2), un certain nombre de principes et de solutions demeurent.

On constate ainsi une coexistence plus ou moins harmonieuse entre des procédures de liquidation, d'esprit plus ou moins « sanctionnateur », et des procédures préventives. L'indulgence ou la sévérité manifestées à l'encontre des débiteurs défaillants n'est en aucune mesure un facteur d'efficacité de ces procédures, dont l'issue la plus généralement reste la liquidation du patrimoine. Il existe cependant de nombreuses procédures préventives, généralement calquées sur le schéma concordataire, qui nécessitent la preuve du malheur et de la bonne foi du débiteur. Elles ont en général pour objectif de remédier, par un accord des créanciers, à des difficultés temporaires, non irrémédiables, et leur peu d'efficacité pratique résulte du caractère trop tardif de leur déclenchement.

Ces différents pays expriment une tendance très nette à assurer la protection des créanciers, ou bien en édictant des peines très lourdes contre les débiteurs dans l'objectif de les dissuader de trop attendre pour

(1) E. Lambert, Le rôle du droit comparé dans l'ensemble des disciplines et ses domaines d'action, Mélanges offerts à Sugiyama, 1940, p.141 et s.

(2) cf. supra n°18 pour l'influence des doctrines de Saint Thomas et de Calvin.

avouer leur situation, ou bien au contraire en donnant une faible place aux sanctions professionnelles ou pénales et en accordant une large place aux créanciers dans le déroulement des procédures. Aucun d'entre eux ne connaît comme en France, depuis la loi du 13 juillet 1967, une distinction entre le sort des hommes et celui de l'entreprise. En revanche, l'Allemagne Fédérale et la Suisse ont un régime particulier au profit des sociétés commerciales, en admettant une notion plus stricte de la cessation des paiements ou en instituant une procédure spéciale tendant à leur assainissement.

De nombreux pays ne réservent pas les procédures de concours aux seuls commerçants, aussi bien dans les pays marqués par l'influence germanique ou anglo-saxonne, que dans les pays ayant supprimé la distinction entre le droit civil et le droit commercial.

Il convient de remarquer aussi que dans tous les pays étudiés on constate qu'il s'opère un détournement général des procédures judiciaires au profit de techniques amiables, et les auteurs ne manquent pas de relever l'importance pratique de ces concordats amiables – dont le caractère secret empêche d'en mesurer l'efficacité – des opérations de fusions, ou encore de l'aide des pouvoirs publics (3).

Il est particulièrement intéressant de noter qu'en dépit de l'extrême variété des procédures, de l'existence de nombreuses modalités préventives, et de conceptions très répressives ou au contraire peu sanctionnatrices, ces techniques de renfouement extra-judiciaires connaissent un grand développement.

La diversité de ces législations a conduit les autorités européennes, dans un avant-projet de convention, (4) à ne pas proposer une législation uniforme, mais à seulement régler les conflits de lois, de juridictions et à édifier un système d'*exequatur* des décisions. Le développement de la construction européenne, l'effective circulation entre les neuf pays des produits, des hommes et des capitaux rendra sans doute nécessaire à terme l'élaboration d'un droit unifié.

Il a semblé utile de présenter, sous la forme de « fiches techniques » succinctes les procédures de concours de quelques pays européens ; il n'était pas possible d'envisager pour chacun d'entre eux les techniques de renfouement extra-judiciaires qui auraient nécessité une étude du droit

(3) Selon M. Roeskau, « l'assainissement efficace ne se fait que par une aide financière de la part de l'Etat ou d'un créancier puissant, ou par un concordat extra-judiciaire ». Rapport pour l'Allemagne Fédérale, in *Les procédures collectives de liquidation ou de renfouement en droit comparé*, éd. Economica, 1976, p. 219.

(4) Noël et Lemontey, *Aperçus sur le projet de convention européenne relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues*, Rev. trim. dr. Européen, 1968, 703 ; L.F. Ganshof, *Le droit de la faillite dans les Etats de la C.E.E.*, préface de J. Limpens, Bruxelles, 1969 ; J.M. Gahnassia, *L'unité ou la pluralité du règlement judiciaire et de la liquidation des biens en droit du marché commun*, thèse, dactyl., Aix-Marseille, 1971.

des obligations, des biens, et des sociétés de chacun de ces pays. De même, en raison de son extrême particularisme, le droit anglais n'est pas analysé (5).

Cette présentation générale des procédures collectives en Belgique, en Allemagne Fédérale, en Suisse, aux Pays-Bas et en Italie a été facilitée par l'importante recherche réalisée par l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris II (6).

BELGIQUE

Le droit belge des procédures collectives (7) ressemble sur bien des points au droit français ; le code du commerce de 1808 était le code napoléonien et la loi du 18 avril 1851 a repris à peu près la loi française du 28 mai 1838 (8). Sous l'influence du droit des Pays-Bas, entre 1814 et 1830, une procédure de surséance des paiements fut introduite, puis la loi du 29 juin 1887 institua un concordat préventif.

Les caractéristiques principales de ce droit sont d'une part qu'il est réservé aux commerçants, personnes physiques ou morales, que le tribunal de commerce est seul compétent pour en juger, et d'autre part qu'il manifeste un caractère répressif dominant, atténué cependant par l'existence d'une procédure préventive. Si la responsabilité personnelle du débiteur a un rôle déterminant, les tribunaux tendent à apprécier sa bonne foi en tenant compte de la valeur de l'entreprise. La notion de cessation des paiements (9), unique pour la procédure de faillite et le concordat ju-

(5) D. Elliott, Les procédures collectives de liquidation ou de renfouement, préc., p. 295 ; Le droit anglais des affaires, Charlesworth, 12^e éd., par C. M. Schmitthoff et D.A.G. Sarre, La Documentation Française, 1976, p. 355 et s. ; J. Voulgaris, Le particularisme du droit anglais des faillites, Gaz.-Pal. 1973, Doctr., p. 648.

(6) Les procédures collectives de liquidation ou de renfouement des entreprises en droit comparé, par MM. J. Béguin, F. Derrida, F. Terré, J. Treillard, et divers auteurs étrangers, sous la dir. de R. Rodière, éd. Economica, 1976.

(7) Les procédures collectives de liquidation ou de renfouement en droit comparé, op.cit., p.383 à 482, par M.Eddy Wymeersch, sous la direction de J. Limpens ; A. Cloquet, La faillite et les concordats, les Nouvelles, *Corpus juris belgici*, Droit Commercial, T.IV, Bruxelles, 1965.

(8) Elle n'a été modifiée que récemment, en particulier par la loi du 10 octobre 1967.

(9) art. 437 Code de Com.

diciaire, est assez mal définie, et comprend en plus de la cessation matérielle des paiements, un ébranlement du crédit.

On peut distinguer, à côté des procédures de droit commun, quelques procédures exceptionnelles et relever l'existence de procédures extrajudiciaires. Les procédures de droit commun sont au nombre de deux : le concordat judiciaire et la faillite.

Le **concordat judiciaire**, procédure à caractère préventif, met l'accent sur l'aspect amiable et a pour but de sauver le débiteur malheureux et de bonne foi ; à la requête du débiteur, en état de cessation des paiements et de bonne foi, un juge délégué fait un rapport et le tribunal statue sur la recevabilité de sa demande : le débiteur n'est pas dessaisi, mais seulement assisté par le juge délégué (10) qui autorise les actes qui ne sont pas de pure administration. Les créanciers ne sont pas groupés en une masse et la vérification des créances se fait lors de l'assemblée concordataire. Sur un second rapport du juge délégué, le tribunal statue sur la poursuite de la procédure et décide s'il convient de consulter les créanciers ; dans l'affirmative, le débiteur fait des propositions concordataires (11) comportant des demandes de remises ou d'atermoiements, à moins qu'il n'offre un abandon d'actif (12) ; ce plan, accepté par les créanciers (13) comporte une clause légale de retour à meilleure fortune et doit être homologué par le tribunal (14) ; le débiteur recouvre alors sa pleine capacité, reste sous la surveillance du juge délégué chargé de faire un rapport tous les trois mois, et ne subit aucune sanction pénale ou non pénale. La seule sanction, en cours de procédure ou ultérieurement, consiste en la déclaration de faillite, ou de banqueroute.

La **faillite** est davantage axée sur l'élimination du débiteur, sans exclure la possibilité de l'obtention d'un concordat. La cessation des paiements étant constatée, le jugement déclaratif nomme un juge commissaire chargé de surveiller le curateur, un avocat, désigné par le Tribunal.

La mission du curateur est importante puisqu'il dirige la procédure, vérifie les créances, administre les biens du failli, qui en est dessaisi, réalise l'actif et le répartit entre les créanciers. Un concordat peut être présenté pendant toute la période préparatoire qui va du jugement déclaratif au jugement de faillite ; à défaut, le tribunal ordonne la liquidation ; la masse des créanciers – sans avoir la personnalité morale – est organisée, le régi-

(10) Aucun syndic ou curateur n'est nommé.

(11) qui figurent dans sa requête initiale, mais qu'il peut modifier.

(12) appelé concordat par abandon d'actif.

(13) aux majorités de la moitié en nombre et des deux-tiers en sommes.

(14) qui procède à la vérification de sa conformité à l'intérêt public et à celui des créanciers.

me des inopposabilités de la période suspecte ressemble à celui du droit français (15), tout comme la procédure de vérification des créances. Si le débiteur en propose un, le concordat après faillite est possible : tous les créanciers dont la créance est admise par provision ou définitivement assistent à l'assemblée concordataire, présidée par le juge commissaire, aux mêmes conditions de majorité qu'en France, les absents étant censés refuser le concordat. Lors de l'homologation, le tribunal a un pouvoir souverain d'appréciation (16) et ensuite le débiteur recouvre la libre administration de ses biens.

A défaut de concordat, s'il n'est pas voté ni homologué, ou s'il est annulé, le tribunal prononce la faillite, qui conduit à l'union. Le curateur procède à la liquidation de l'actif, avec l'autorisation du juge commissaire pour les immeubles. Un traité à forfait est possible (17) pour l'ensemble de l'actif ou pour partie seulement, si le curateur en reçoit mission des créanciers à la majorité de moitié en nombre et après l'autorisation du tribunal ; la même procédure est suivie pour autoriser la continuation de l'exploitation en cas de faillite (18).

Les clôtures pour insuffisance d'actif (19) et pour extinction du passif sont également prévues ; différentes sanctions pénales et non pénales frappent le failli de plein droit et le régime des banqueroutes est proche de celui du droit français.

Les procédures exceptionnelles sont au nombre de deux : le **sursis de paiement** et la **gestion contrôlée**.

La première est rare (20), ce qui s'explique puisqu'elle requiert l'accord unanime des créanciers, un actif suffisant pour payer et qu'elle a des effets limités dans le temps.

La gestion contrôlée, elle aussi très rare, ne concerne plus aujourd'hui que les entreprises du secteur parabancaire (21).

Le code civil belge a repris l'article 1244 du code civil français relatif aux **délais de grâce** et connaît aussi des **concordats amiables**, qui nécessitent l'accord unanime des créanciers et ne semblent possibles qu'avant

(15) elle est cependant limitée aux six mois précédant le jugement déclaratif.

(16) le concordat peut prévoir la nomination de commissaires à l'exécution.

(17) art. 532 al. 2 Code de com.

(18) art. 529

(19) art. 536. Code de com.

(20) 6 demandes de 1948 à 1961.

(21) cf. Les procédures collectives de liquidation...op.cit., p.395.

l'ouverture de la procédure de faillite (22).

Les statistiques (23) des concordats judiciaires, entre 1952 et 1965, montrent que la plupart conduisent à la faillite ; selon les chiffres des années 1959 à 1965 dans la plupart des cas la faillite est close pour insuffisance d'actif ou conduit à la liquidation, les cas de concordats après faillite restant infiniment rares.

ALLEMAGNE FEDERALE

Le droit allemand (24) retient une conception objective des procédures collectives : leur but est le paiement complet ou partiel des créanciers, appelés à jouer un rôle permanent et très important pendant la procédure. Ce droit est applicable aussi bien aux commerçants qu'aux non commerçants et l'entreprise suit le sort des hommes, puisque le règlement judiciaire ne peut être accordé en cas de fautes graves de ceux-ci.

Ce droit connaît une notion très intéressante de la cessation des paiements : sous le nom d'insolvabilité, elle correspond à peu près à la définition française classique, c'est-à-dire l'incapacité permanente d'honorer ses dettes ou une situation sans issue. Mais, pour les sociétés, la conception est plus stricte : le surendettement, révélé par un grave déséquilibre du bilan suffit, le crédit de la société étant alors épuisé.

Deux procédures judiciaires sont prévues : le règlement judiciaire, qui a une fonction curative et la faillite qui conduit soit à la liquidation, soit à un concordat ; enfin, le concordat amiable se trouve largement utilisé par la pratique.

(22) *ibid.*, p. 445.

(23) *ibid.*, p.386 et s.

(24) Les procédures collectives de liquidation...*op.cit.*, p. 209 à 294, par M. Roeskau ; la loi sur les liquidations (Konkursordnung) date du 10 février 1877 et celle sur le règlement judiciaire (Vergleichsordnung) du 1 avril 1935 ; *adde* : V. Winter, Le droit de la faillite selon la législation allemande, *Rev. Syndics* 1968, p.1 ; R. Böhner, La première loi allemande sur la lutte contre la criminalité économique et le système allemand de protection du public en matière de garantie des dépôts bancaires et la responsabilité du banquier en cas de dépôt de bilan de l'entreprise financée ; le système allemand de protection du public contre les risques résultant des faillites de banques, in *Responsabilité professionnelle du banquier : contribution à la protection des clients de banque*, sous la dir. de C. Gavalda, éd. Economica, 1978, p. 75, 83 et s.

Dans le **règlement judiciaire**, la procédure est ouverte à la demande du débiteur par un juge qui remplit les fonctions du tribunal et du juge-commissaire français ; il peut nommer un conseil de créanciers, désigne un syndic – avocat ou expert-comptable – dont la mission consiste à faire l'inventaire des biens du débiteur et à surveiller sa gestion. Le juge détermine l'étendue à donner au dessaisissement du débiteur ; il doit rejeter la demande s'il constate qu'il a commis des fautes graves de gestion. La masse correspond à l'ensemble des biens du débiteur, qui peuvent permettre le paiement des créanciers, sans avoir la personnalité morale (25). La notion de période suspecte est inconnue dans le règlement judiciaire, et si certains créanciers se sont fait accorder une sûreté ou un paiement dans les trente jours précédant le jugement d'ouverture, ils sont compris dans les créanciers du règlement judiciaire et doivent restituer à la masse ce qu'ils ont reçu. Lors de l'assemblée des créanciers chirographaires, l'état des créances est arrêté et le concordat voté, sous la présidence du juge ; si le débiteur doit proposer son plan dès sa requête initiale, il peut en modifier la teneur ou le retirer jusqu'au vote ; les propositions concordataires doivent prévoir un pourcentage d'au moins trente-cinq pour cent du passif total, et même de quarante pour cent si le délai demandé dépasse un an. Elles sont votées par les créanciers, à la majorité en nombre des présents ou des représentés (les voix favorables par correspondance étant seules comptées) et aux trois-quarts des sommes totales ; si le concordat n'offre pas de régler au moins cinquante pour cent du passif, la dernière majorité est même portée aux quatre-cinquièmes en sommes. Puis le juge l'homologue, en tenant compte de l'intérêt commun des créanciers, ou bien se prononce sur l'éventualité de l'ouverture d'une procédure de faillite. Lorsque le concordat est homologué le débiteur reste sous le coup de la procédure jusqu'à complète exécution et, en principe, il n'encourt aucune sanction pénale ou non pénale.

La **faillite** est surtout conçue comme une procédure de liquidation, bien qu'elle puisse se terminer par un concordat. Les conditions d'ouverture sont les mêmes que celles du règlement judiciaire, avec la possibilité d'une assignation par les créanciers. Le juge désigne un syndic, chargé d'administrer les biens du débiteur et d'en disposer, puisque celui-ci est dessaisi de plein droit ; tout un régime d'opposabilités est prévu ; les créances sont produites devant le juge et comme le droit allemand ne connaît pas de privilèges généraux, les créanciers privilégiés sont ceux qui bénéficient d'une hypothèque, d'un gage ou d'un droit de rétention. Le droit de la faillite a cependant prévu que seront payées avant les créances chirographaires certaines créances nées au cours de l'année précédant

(25) R. Böhner, art.préc., p.92.

l'ouverture de la procédure : ce sont celles des salariés, de l'Etat (impôts), des églises, des écoles, du personnel médical, et sans limite de temps celles au profit des enfants et des pupilles.

La faillite peut se terminer par un concordat, avant que l'actif ne soit distribué, si le débiteur en propose un, et si celui-ci est voté et homologué ; dans ce cas, il n'existe pas de pourcentage minimum à proposer.

Mais elle conduit le plus souvent à la liquidation ; le syndic réalise le patrimoine sous le contrôle étroit des créanciers, qui autorisent non seulement la continuation de l'exploitation en cas de faillite, mais l'accord de leur assemblée est nécessaire pour quelques actes de disposition, comme la vente en bloc de l'entreprise ou la cession des stocks (26).

La procédure peut à tout moment être suspendue pour insuffisance d'actif par le juge après avis des créanciers ; de même elle peut être clôturée lorsque tous les créanciers qui ont produit acceptent un concordat amiable proposé par le débiteur.

Du point de vue des sanctions, en plus de la banqueroute (27), des déchéances civiles et professionnelles constituent des peines accessoires ; en principe le débiteur failli peut reprendre une activité, la protection du public étant assurée par la publicité des procédures collectives ; mais pendant la procédure et jusqu'à sa clôture le débiteur est soumis, en cas de faillite, à quelques interdictions professionnelles (28) et inéligibilités.

Enfin, le droit allemand connaît les **concordats amiables** qui relèvent du droit civil ; ils sont le résultat d'une multitude de contrats bilatéraux, valables entre les seuls signataires et possibles non seulement en dehors de toute procédure judiciaire, mais aussi après l'ouverture d'une procédure de concours. Leur absence de publicité est considérée comme la cause de leur extrême fréquence.

Les règlements judiciaires sont peu nombreux (29) par rapport au nombre des faillites et ces dernières s'achèvent le plus souvent par une liquidation (30).

(26) Les procédures collectives de liquidation...op.cit.,p.254.

(27) cf. R. Böhner, art. préc., p.77

(28) Il ne peut être ni avocat, ni tuteur.

(29) cf. M. Roeskau, loc.cit., p.211.

(30) voir les statistiques citées supra n°3 (L. Dallèves et M. Ammann, La protection des droits des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur, préc.), dans une grande partie des cas seuls les créanciers bénéficiant de privilèges spéciaux (gages, cessions de créances, réserves de propriété) retirent quelque chose de la procédure, et le plus souvent les actifs libres de la masse suffisent à peine à couvrir les créances privilégiées. Les créanciers ordinaires reçoivent des dividendes de l'ordre de 10 % ou moins encore.

SUISSE

Le droit suisse des procédures collectives est historiquement lié au problème du fédéralisme et de l'unification du droit (31). La loi de base, appelée « loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite » date de 1 889, complétée et modifiée plusieurs fois depuis.

En 1925, le sursis extraordinaire est introduit, qui permet à un gouvernement cantonal en présence de circonstances exceptionnelles telles qu'une crise économique grave, de déclarer qu'un sursis de six mois au plus peut être accordé à un débiteur non fautif s'il semble pouvoir désintéresser en totalité ses créanciers à l'expiration de ce délai. Enfin quelques textes spéciaux règlent les procédures applicables à certains secteurs de l'économie tels que les banques, les caisses d'épargne, les assurances, les entreprises agricoles, les chemins de fer.

Si les sanctions pénales ont été unifiées depuis 1 942, celles non pénales varient selon les cantons.

Dans l'ensemble, le droit suisse est peu répressif. L'objectif principal est la sauvegarde des intérêts des créanciers plus que l'analyse des fautes du débiteur. On opère une distinction entre les débiteurs malheureux, qui bénéficient du concordat préventif, dans lequel le rôle principal revient au juge (32) et les débiteurs maladroits ou frauduleux qu'il faut éliminer par la faillite, en liquidant leurs biens, un concordat restant cependant possible.

Ces procédures collectives sont applicables aux commerçants, avec un régime particulier pour les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés coopératives, et aussi aux non commerçants (33).

Avant de recourir à la procédure judiciaire, une procédure de poursuite pour dettes existe. Le créancier peut recourir à l'exécution forcée sans qu'il soit nécessaire de faire constater préalablement par un juge l'existence de la créance. C'est un organisme administratif, l'Office des poursuites, qui agit à la requête d'un ou de plusieurs créanciers, qui lui demandent de notifier au débiteur un commandement de payer, dans un délai de vingt jours. Si le débiteur paie, la poursuite n'a plus d'objet ; s'il ne paie pas, tout en ne s'opposant pas au commandement, deux cas se

(31) Les procédures collectives de liquidation...op.cit.,p.841 à 946, par A. Hirsch et B. Haissly.

(32) Les créanciers n'ont alors qu'une place restreinte.

(33) Les procédures collectives de liquidation...op.cit., p.847 ; les chiffres cités montrent que les procédures sont appliquées en nombre égal à ces deux catégories.

présentent : – pour un non commerçant, l'Office procède à la saisie de ses biens ; – pour un commerçant, il lui notifie une commination de faillite et faute de paiement dans les vingt jours, il risque de voir le créancier demander au juge l'ouverture de la faillite, sans que le juge soit tenu d'examiner la situation financière du débiteur ; enfin le débiteur peut ne pas payer et s'opposer au commandement, ce qui oblige à agir pour faire reconnaître l'existence de la créance.

Il est particulièrement intéressant de noter que l'ouverture de la faillite est ainsi précédée de cette procédure de poursuites pour dettes et que le juge n'a pas à analyser l'état financier du débiteur ; il n'existe ainsi pas de notion de cessation des paiements.

En plus des concordats amiables, une procédure de renfouement, le concordat préventif, et une procédure de liquidation, la faillite, sont prévues.

Le **concordat préventif** vise à renflouer le débiteur avec l'accord des créanciers ; la demande peut être faite par le débiteur seul, commerçant ou non commerçant, jusqu'à l'audience de mise en faillite. Les conditions sont appréciées par le juge : la situation du débiteur est examinée, sa loyauté en affaires et les causes qui l'empêchent de satisfaire à ses engagements sont vérifiées ; on analyse à la fois les éléments personnels au débiteur, sa bonne foi et sa loyauté, et les circonstances économiques. Le tribunal accorde un sursis afin que le débiteur puisse préparer son projet de concordat, avec l'aide du commissaire nommé qui en plus surveille la conduite de ses affaires. Il n'est donc pas dessaisi, sauf pour quelques actes déterminés. Dans les six mois suivant l'octroi du sursis la demande d'homologation doit être formulée ; après vérification des créances, l'assemblée des créanciers chirographaires est amenée à voter ses propositions. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'un vote, mais d'adhésions individuelles de leur part, qui doivent au total correspondre à la majorité en nombre et représenter les deux-tiers en sommes ; cette adhésion peut aussi être donnée dans les dix jours qui suivent cette assemblée ; puis le concordat est homologué par le tribunal, à condition que les propositions de paiement soient en rapport avec les ressources du débiteur et que leur exécution, en particulier le paiement intégral des créanciers privilégiés, soit suffisamment garantie. L'homologation peut cependant être refusée si le débiteur a fait preuve de légèreté vis-à-vis de ses créanciers. Environ soixante pour cent des sursis accordés sont homologués.

En cas de refus d'homologation, un créancier peut dans les dix jours requérir l'ouverture de la faillite ; sinon le débiteur n'encourt pas de sanctions et reste à la tête de ses affaires pour exécuter le concordat.

La procédure de **faillite** est ouverte sur dépôt de bilan, ou sur requête des créanciers, lorsqu'il est constaté une insuffisance d'actif. Une procédure particulière, peu appliquée, est réservée aux sociétés anonymes, à responsabilité limitée et coopératives : l'**ajournement de faillite**. Dès que l'actif de ces sociétés ne couvre plus le passif, les organes d'administration

doivent en informer le juge, qui déclare la faillite ; si l'assainissement paraît probable, il peut à la demande de l'administration des sociétés ou d'un créancier ajourner la déclaration de faillite ; il désigne un curateur, fait dresser un inventaire et la loi n'étant pas très détaillée on admet que le juge peut prendre toutes les mesures de nature à conduire à l'assainissement. S'il estime ce dernier impossible, il prononce alors la faillite (34).

Au cours de la procédure de faillite, un concordat est possible. Le projet établi par le débiteur est remis au tribunal qui convoque l'assemblée des créanciers pour le lui soumettre et en cas d'adhésion l'Office des faillites joue le rôle de commissaire au sursis jusqu'à l'homologation. Les créanciers se réunissent en une première assemblée, décident de l'administration de la faillite, en jouant un rôle important ou en se déchargeant de cette tâche sur l'Office des faillites ; ils constituent éventuellement une commission de surveillance, statuent immédiatement sur la continuation de l'exploitation par le failli et la suspension de la liquidation si un concordat est proposé. La seconde assemblée des créanciers, après la production des créances, se prononce sur le concordat ou décide de la liquidation des biens. Comme dans le cas de la liquidation, le débiteur est totalement dessaisi de la gestion de ses biens ; sans avoir la personnalité morale, la masse comprend tous les créanciers dont les droits sont nés avant la publication du sursis. Le projet de concordat peut comprendre des demandes de délais, de remises ou proposer un abandon d'actif ; les règles d'adhésion et d'homologation sont identiques à celles du concordat préventif.

A défaut, la liquidation est réalisée et assurée par l'Office, selon les décisions de l'assemblée des créanciers et de la commission de surveillance éventuellement nommée, qui peut procéder à la cession globale de tout ou partie des actifs du failli.

Les sanctions non pénales relèvent des différents cantons, et peuvent être attachées à la seule ouverture de la faillite ; celles pénales n'interviennent que si la faillite a été prononcée et prévoient des peines de la banqueroute et des peines complémentaires telles que les interdictions professionnelles.

La clôture pour insuffisance d'actif est fréquemment pratiquée (35) et dans l'ensemble peu de concordats sont réalisés.

Le concordat extra-judiciaire, ou amiable, est possible et cela même après le prononcé de la faillite ; celle-ci peut être clôturée si tous les créanciers retirent leur production, en préférant un tel accord.

(34) cf. Les procédures collectives de liquidation...op.cit.,p.924.

(35) Elle s'applique à près de vingt pour cent des faillites ordinaires de liquidation et près de cinquante pour cent de la procédure sommaire de liquidation.cf. les statistiques citées supra n°3 (L. Dallèves et M. Ammann, La protection des droits des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur, préc.).

PAYS-BAS

Le Code de commerce français s'est appliqué aux Pays-Bas en 1811 et a introduit pour quelques années la distinction entre commerçants et non commerçants qui n'existait pas auparavant pour l'application des procédures collectives. La loi du 30 septembre 1893 revient à la généralisation de ces procédures à tous les débiteurs et a été modifiée plusieurs fois, en dernier lieu par une loi du 3 avril 1969 (36).

Les caractéristiques principales du droit néerlandais sont d'une part l'absence de distinction entre commerçants et non commerçants pour l'application de ces procédures et d'autre part la recherche d'une solution essentiellement patrimoniale, le désintéressement des créanciers, et non d'une sanction commerciale à l'encontre du débiteur.

En dehors de l'hypothèse du concordat amiable, on relève deux types de procédures : celle de sursis des paiements, qui a un objectif préventif principal, et celle de faillite conduisant à la liquidation ou à un concordat.

Le **sursis des paiements** était à l'origine, en 1896, une simple suspension générale des poursuites et pour l'obtenir il fallait pouvoir désintéresser en totalité les créanciers. Une loi de 1925 a assoupli cette condition et la loi du 7 février 1935 a introduit la possibilité d'un concordat dans le cadre de ce sursis. Le débiteur, et lui seul, présente sa requête avec le bilan, la liste nominative de ses créanciers et le montant des créances ; le tribunal, dans l'ordonnance d'acceptation provisoire, nomme un administrateur chargé d'assister et de surveiller le débiteur. Le sursis est conçu comme devant être accordé dans l'intérêt commun du débiteur et des créanciers chirographaires : il vise à prévenir la liquidation du patrimoine et correspond ainsi à l'hypothèse de la simple menace de la cessation des paiements. Si la faillite est demandée en même temps que le sursis, ce dernier est prononcé de droit, mais peut être converti ensuite en faillite. Le tribunal accorde définitivement le sursis, à moins qu'un tiers des créanciers en sommes ou un quart en nombre ne s'y opposent lors de la réunion ; seuls les créanciers chirographaires sont présents, les droits des créanciers privilégiés n'étant pas concernés. Le sursis conduit à une suspension générale des poursuites, fixée à un an et demi au maximum (37), délai que le tribunal peut proroger ensuite pour la même durée, ou bien à un concordat (38) ; dans ce dernier cas, la procédure se déroule sous le

(36) Les procédures collectives de liquidation...op.cit., p.755. à 839, par M. Marius W. Jitta.

(37) art. 223-1 de la loi de 1 893.

(38) art. 252 et s.

contrôle du tribunal qui l'homologue après l'accord des créanciers (39). Aucune sanction n'est encourue par le débiteur.

La **faillite**, sur requête du débiteur, des créanciers ou du ministère public, est individuelle pour les personnes physiques et collective pour les groupements. L'état de cessation des paiements est nécessaire et correspond à l'existence de plus d'une créance, exigible et non payée, le constat d'un actif suffisant étant inopérant ; le tribunal l'apprécie souverainement ; il désigne un curateur – un avocat – qui dirige la procédure sous le contrôle du juge commissaire et il peut exister un comité de créanciers. Le curateur est à la tête de la masse, et représentant les créanciers, il s'efforce de réaliser le but poursuivi : les désintéresser. Le débiteur est dessaisi de plein droit ; les créanciers doivent produire leurs créances entre les mains du curateur même s'ils ont des sûretés et une assemblée de vérification est tenue sous la présidence du juge commissaire (40). La date de la cessation des paiements est fixée au jour du jugement sans effet rétroactif, et il est possible d'exercer une action pour fraude.

La procédure se termine soit par le vote d'un concordat par les créanciers chirographaires (41), homologué par le tribunal à trois conditions : l'actif ne doit pas être inférieur à la somme stipulée dans le concordat, des garanties suffisantes sont exigées et l'absence de fraude du débiteur est requise. L'exécution du concordat est l'œuvre du débiteur seul et sa résolution est possible.

La procédure peut aussi conduire à la liquidation, s'il n'est pas présenté de concordat lors de l'assemblée de vérification des créances, l'état d'insolvabilité étant constaté ; l'entreprise peut cependant continuer son exploitation afin de favoriser une liquidation graduelle à condition que la majorité des créanciers l'accepte ; la clôture pour insuffisance d'actif est aussi prévue.

Des sanctions pénales telles que la banqueroute simple ou frauduleuse, prononcées par la chambre criminelle du tribunal, existent à l'encontre des seuls faillis ; les sanctions non pénales n'existent pas ; tout au plus, pendant la procédure de faillite, quelques restrictions sont apportées à la liberté individuelle du failli (42).

Un concordat amiable est possible, ne liant que les créanciers qui

(39) Il faut le vote des deux-tiers des créanciers en nombre, représentant les trois-quarts du montant des créances.

(40) Le tribunal statue sur leur admission en cas de contestation.

(41) La majorité des deux-tiers des créanciers en nombre et trois-quarts en sommes est requise, en comptant le nombre total des créanciers ; la représentation est permise. Le concordat par abandon d'actif est possible, à côté des remises et des attermoiements.

(42) Les procédures collectives de liquidation...op.cit.,p.823.

l'ont accepté, et à condition d'intervenir avant la déclaration de faillite.

Les statistiques publiées (43), portant sur la seule année 1968, permettent de constater qu'un petit nombre de sursis est accordé par rapport au nombre des faillites ; la moitié des sursis environ est convertie en faillite, quarante pour cent d'entre eux conduisant à un concordat et dix pour cent se terminant par l'expiration du délai prévu. Pour les faillites, au cours de la même année, on constate que les concordats sont rares et que la procédure conduit à une liquidation des biens le plus souvent.

ITALIE

Les procédures collectives italiennes sont régies par le Décret royal du 16 mars 1942 (44) et dans l'ensemble elles font preuve d'une extrême sévérité à l'égard des débiteurs. Leurs caractéristiques principales sont en premier lieu d'être des procédures réservées aux personnes physiques et morales commerçantes, de frapper lourdement les débiteurs tant du point de vue des incapacités civiles que pénales, et de comporter deux critères de la situation difficile du débiteur. Ou bien ses difficultés sont momentanées, et l'on peut espérer les résoudre dans un court délai, et il bénéficie d'une sorte de moratoire : l'administration contrôlée ; ou bien il se trouve dans l'impossibilité de faire face à ses obligations, dans un état d'insolvabilité définitive, et il est soumis à la procédure de liquidation, la faillite, qui comporte cependant la possibilité d'un concordat. Avant de se trouver dans l'une ou l'autre de ces deux situations, le débiteur peut demander à bénéficier du concordat préventif ; enfin, certaines entreprises d'intérêt public peuvent avoir recours à la liquidation forcée administrative.

L'administration contrôlée a pour objectif de renflouer l'entreprise. A la demande du débiteur, le tribunal désigne un commissaire judiciaire chargé d'analyser la situation et éventuellement d'assurer tout ou partie de la gestion de l'entreprise. Les difficultés ne doivent être que temporaires, le débiteur doit avoir tenu une comptabilité régulière depuis deux années au moins, et ne pas avoir été déclaré en faillite ou admis au concor-

(43) *ibid.*, p. 758.

(44) E. Bonsirven, Traduction du décret royal du 16 mars 1942 ; Les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé, préc., p. 665 à 754, par M. Italo Scalera ; Renzo Provinciali, *Manuale di Diritto Fallimentare*, 5^{ed.}, Milan, 1970. ; G. Brulliard, L'unification du droit privé en Italie et l'absorption du droit commercial, *Etudes* P. Azard, Cujas, 1980, p. 33.

Pour les réformes récentes, cf. A. Maffei Alberti, La crise de l'entreprise et la cessation des paiements dans le système juridique Italien, *Rev. Jurisp. Com.* 1981, p. 205.

dat préventif dans les cinq années précédentes, ni condamné pour banqueroute. Les créanciers sont appelés à voter (45) non pas sur un concordat, qui ne peut être présenté, mais sur un moratoire d'une durée d'un an au maximum. Le Tribunal confirme le vote ; le commissaire judiciaire fait tous les deux mois un rapport sur l'entreprise au Tribunal et les créanciers ont un droit d'information grâce à un comité de créanciers.

Il s'agit d'une simple suspension des paiements pendant un an au plus, qui interrompt les actions en exécution des créanciers ; il n'existe pas de sanctions pénales ou non pénales à l'encontre du débiteur, sauf dans l'hypothèse de dissimulation du passif.

Le concordat préventif présente lui aussi l'avantage de ne faire encourir aucune sanction au débiteur. Introduit par la loi du 24 mai 1903, on considère qu'il est aujourd'hui en déclin (46). Il suppose, pour être accordé, une crise seulement transitoire, et a pour objectif de revivifier l'entreprise. La procédure est analogue à celle de la faillite mais plus simplifiée. Elle comporte notamment une décision d'ouverture à la demande du débiteur, la nomination d'un juge délégué, d'un commissaire judiciaire, qui surveille le débiteur maintenu à la tête de ses affaires et procède à la vérification de la liste des créanciers. Il convoque les créanciers, établit un rapport détaillé sur les causes de la défaillance, la conduite du débiteur et ses propositions concordataires ; le juge délégué préside l'assemblée des créanciers qui donne son approbation à la majorité des votants et aux deux-tiers en sommes (47). Le Tribunal homologue le concordat s'il juge qu'il est conforme à l'intérêt des créanciers, que les garanties d'exécution sont suffisantes, et surtout si « le débiteur mérite d'être admis au concordat compte tenu des causes qui ont provoqué sa défaillance et de sa conduite » (48). Il convient d'ajouter à ces conditions strictes d'homologation que le débiteur doit s'engager à payer au moins quarante pour cent des créances chirographaires dans les six mois suivant l'homologation, et que s'il demande un délai plus long il doit proposer de payer les intérêts légaux sur les sommes à régler au-delà de ces six mois.

Ces conditions très strictes suffisent à expliquer le nombre réduit des cas d'application de cette procédure. C'est la raison pour laquelle le concordat préventif peut à défaut de concordat consister en une cession de biens. Celle-ci provoque la liquidation, lorsqu'elle est autorisée par les

(45) à la majorité en nombre et en sommes.

(46) Renzo Provinciali, *op.cit.*, T.III, p.2 011.

(47) Les créanciers privilégiés perdent leur droit de préférence s'ils participent au vote.

(48) art. 181 4° Décret royal

créanciers, et le tribunal nomme les liquidateurs et un comité de trois à cinq créanciers (49).

La faillite est la conséquence de l'état d'insolvabilité, avéré par des défaillances prouvant que le débiteur n'est plus en mesure de satisfaire à ses obligations. Elle est prononcée par le tribunal, sur requête du débiteur, des créanciers, du ministère public ou d'office. Le jugement déclaratif nomme un juge délégué, un curateur et fixe la date de l'assemblée consacrée à l'examen de l'état du passif. Le juge délégué (50) dispose de très nombreux pouvoirs, dont ceux de veiller à l'administration du patrimoine par le curateur, qui est un officier public. Ce dernier fait un rapport sur les causes de la situation et la conduite du débiteur au juge délégué, qui nomme un comité de créanciers de trois à cinq membres (51) ; le failli est dessaisi de la gestion de son patrimoine ; les articles 64 et suivants du Décret royal organisent les inopposabilités de la période suspecte. La continuation de l'exploitation est en principe exclue en cas de faillite, à moins que le tribunal ne l'accorde pour éviter que l'interruption brutale ne cause un dommage grave et irréparable. Après l'arrêté des créances, le comité des créanciers doit en outre se prononcer sur l'opportunité de cette poursuite de l'activité de l'entreprise. La liquidation est effectuée par le curateur, sous la direction du juge délégué et après avis du comité des créanciers. Cependant, le failli peut formuler des propositions concordataires pour obtenir des remises et des délais de la part de ses créanciers chirographaires. Cette demande, transmise au juge délégué, fait l'objet d'un avis du curateur et du comité des créanciers et est transmise par écrit aux créanciers ; ceux-ci doivent manifester leur désaccord éventuel dans un délai de vingt à trente jours, leur silence valant acceptation. La majorité en nombre de tous les créanciers et représentant au moins les deux-tiers en sommes est requise ; puis le tribunal homologue le concordat en examinant son caractère sérieux et la nature des garanties offertes. Il est exécuté par le débiteur, sous la surveillance du juge délégué, du curateur et du comité des créanciers.

En outre, les clôtures pour insuffisance d'actif ou extinction du passif peuvent intervenir.

De très nombreuses et lourdes sanctions non pénales frappent le débiteur en faillite, par le seul effet du prononcé du jugement déclaratif, sans que l'autorité judiciaire puisse en prononcer d'autres : enfin de lourdes sanctions pénales sont prévues.

(49) art. 182

(50) art.25

(51) art. 40

La liquidation forcée administrative (52) ne peut s'appliquer qu'aux entreprises d'intérêt national, soumises à l'ingérence, la surveillance ou le contrôle direct et administratif de l'administration publique : il s'agit des entreprises bancaires et d'assurances et des sociétés contrôlées par l'Institut pour la Reconstruction Industrielle (I.R.I.) (53).

Le tribunal, à la requête des créanciers, constate l'état d'insolvabilité de l'entreprise et demande l'avis de l'autorité gouvernementale de tutelle ; un commissaire liquidateur est nommé, ainsi qu'un comité de surveillance de trois ou cinq membres choisis parmi les personnes particulièrement expertes dans la branche d'activité de l'entreprise, et si possible parmi les créanciers (54). Les règles de liquidation sont les mêmes qu'en cas de faillite, avec quelques transpositions nécessaires, mais c'est l'autorité administrative qui contrôle cette liquidation, étant investie des pouvoirs du tribunal et du juge délégué.

Cette procédure spéciale peut aussi conduire à un concordat, si l'autorité administrative l'accepte, après avis du commissaire liquidateur et audition du comité des créanciers ; dans ce cas, la procédure suivie est sensiblement la même qu'en droit commun.

Les statistiques (55) révèlent qu'entre 1963 et 1967 il y a eu 322 concordats préventifs homologués, 320 administrations contrôlées et 34.188 faillites déclarées. Bien qu'il comporte un arsenal de sanctions impressionnant, le droit italien ne parvient pas, lui non plus, à éviter que les procédures du concours ne se réduisent qu'à des hypothèses de liquidations des entreprises qui lui sont soumises.

(52) art. 194 et s.

(53) cf. Les procédures collectives de liquidation..., op.cit., p.670.

(54) art. 198 al. 1

(55) cf. M. Scalera, loc.cit., p.667,

BIBLIOGRAPHIE

I OUVRAGES GENERAUX

II OUVRAGES SPECIAUX

A THESES, MEMOIRES

B ETUDES, ARTICLES, CHRONIQUES

C COLLOQUES

I OUVRAGES GENERAUX

- ARGENSON J. et TOUJAS G., Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite, Traité et formulaire, 4^e éd., 1973, Litec, supplément mis à jour au 1^{er} mars 1978.
- AZEMA J., Droit français de la concurrence, 1^e éd., 1981, P.U.F. coll. Thémis.
- AUBY J.M., DUCOS-ADER R., Droit administratif, Dalloz-gestion 1980.
- BECCARIA, Traité des délits et des peines, Philadelphie, 1766.
- BEGUIN J., Les procédures spéciales aux affaires, coll. Droit et Gestion, Librairies Techniques, 1973.
- BOHNER R., La première loi allemande sur la lutte contre la criminalité économique et le système allemand de protection du public en matière de garantie des dépôts bancaires et la responsabilité du banquier en cas de dépôt du bilan de l'entreprise financée, Colloque de l'Université de Paris I : Responsabilité professionnelle du banquier : contribution à la protection des clients de banque, préf. P. Marcilhacy, sous la direction de C. Gavalda, éd. Economica, 1978, p. 75.
- BORD G., Règlement judiciaire et liquidation des biens, Manuel Dalloz de droit usuel, 1969.

- BOUSQUET J. C., L'entreprise et les banques, collection Droit et Gestion, Librairies Techniques, 1977.
- BRUN A. et GALLAND H., Traité de droit du travail, 2^e éd., Sirey, 1978 : T. 1 : Les rapports individuels de travail ; T. 2 : Les rapports collectifs de travail.
- CAMERLYNCK G. H. et LYON-CAEN G., Droit du travail, 10^e éd. Dalloz, 1980.
- CARBONNIER J., Droit civil, T. 1, Introduction, Les personnes, 12^e éd., 1979, P. U. F.
- Droit civil, T. 4, Les obligations, 9^e éd., 1976, P. U. F.
- CATALA P. et TERRE F., Procédure civile et voies d'exécution, 2^e éd., 1976, P. U. F.
- CHAMPAUD C. et PAILLUSSEAU J., L'entreprise et le droit commercial, A. Colin, coll. U, 1970.
- CHARTIER Y., La gestion et le contrôle des sociétés anonymes dans la jurisprudence, Librairies Techniques, 1978.
- CLOQUET A., La faillite et les concordats, Les Nouvelles, Corpus juris belgici, Droit Commercial, T. IV, Bruxelles, 1965.
- CORNU G., Regards sur le Titre III du Livre III du code civil, Cours D. E. A., Paris, 1977, Les Cours de Droit.
- DALLEVES L. et AMMANN M., La protection des droits des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur (étude comparative pour une assurance-insolvabilité), Centre d'Etudes Juridiques Européennes, Genève, 1980.
- DAVID R., Les grands systèmes de droit contemporain, 7^e éd., Dalloz, 1978.
- DELMAS-MARTY M., Droit pénal des affaires, P. U. F., 1973.
- DENISART, Collection des décisions nouvelles et de notes relatives à la jurisprudence actuelle, 9^e éd., Paris, 1775.
- DERRIDA F., La réforme du règlement judiciaire et de la faillite, Répertoire Defrénois, 1969.
- DESPAX M. et PELISSIER J., La gestion du personnel, éd. Cujas, 1974 (3 vol.).
- DIDIER P., Droit commercial, T. 1, Introduction les entreprises, P. U. F., 1970.
- Droit commercial, Les entreprises, textes et documents, P. U. F., 1972.
- DUPEYROUX J. J., Droit de la Sécurité Sociale, 8^e éd., 1980, Dalloz.
- DURAND P., Traité de droit du travail, Dalloz, 1947.
- ENCYCLOPEDIE DALLOZ, Répertoire de Droit Commercial, 2^e éd., Vis Faillite personnelle, règlement judiciaire, liquidation des biens, 1977, par R. Houin, M. J. Campana-Reymond de Gentile, G. Bord, M. Fournier, A. Pirovano, Y. Guyon, A. Honorat, J. Derrupé, F. Derrida, G. Rives.
- Vis Suspension provisoire des poursuites, par J. Hémard, 1974.
- Répertoire Sociétés
- Vis Faillite, règlement judiciaire, liquidation des biens, par R. Houin, 1971.
- FARJAT G., Droit économique, P. U. F., 1971.
- Droit privé de l'économie, 2, Théorie des obligations, P. U. F., 1975.
- FERRONNIERE J. et de CHILLAZ E., Les opérations de Banque, par J. P. PATY, 6^e éd., 1980, Dalloz.
- GANSHOF L. F., Le droit de la faillite dans les Etats de la C. E. E., préf. J. Limpens, Bruxelles, 1969.
- GAVALDA C. et STOUFFLET J., Droit de la Banque, P. U. F., 1974.
- Droit commercial, 2, chèques et effets de commerce, P.U.F., 1978.
- GOLDMAN B., Droit commercial européen, 4^e éd., 1980, Dalloz.
- GORE F. et JADAUD B., Droit fiscal des affaires, 1980, Dalloz.
- GUYON Y., Cours de droit commercial, Licence, 1978-1979, Les Cours de Droit, Paris.
- Droit des affaires (droit commercial général et sociétés), Economica, 1980.
- HAMEL J., LAGARDE G. et JAUFFRET A., Traité de Droit commercial, T.I., 2^e éd. 1980, Dalloz ; 1er volume : Introduction, règles communes à toutes les personnes du droit commercial, les commerçants individus, par A. Jauffret ; 2ème volume : Sociétés, groupements d'intérêts économique, entreprises publiques, par G. Lagarde.
- HEMARD J. TERRE F. et MABILAT P., Sociétés commerciales, T. 1 : Introduction, généralités. Sociétés de personnes. Société à responsabilité limitée. Société anonyme : constitution, direction, administration, 1972.

T. 2 : Société anonyme : assemblées d'actionnaires, modifications du capital social, contrôle, transformation et dissolution, responsabilités. Sociétés en commandite par actions, 1974.

T. 3 : Valeurs mobilières, comptes sociaux, filiales et participations, nullités, fusion, scission, liquidation, publicité, 1978.

— HOUIN R. et PEDAMON M. Droit Commercial : Actes de commerce, et commerçants, activité commerciale et concurrence, 7^e éd. 1980, Dalloz.

— JACOB N., Droit des Assurances, 2^e éd., 1979, Dalloz.

— JUGLART M. de et IPPOLITO B., PONTAVICE E. du et DUPICHOT J., Droit commercial, 1^{er} vol. 1^{ère} partie : Actes de commerce et entreprise, commerçants et fonds de commerce, 1979, Montchrestien.

— JUGLART M. de et IPPOLITO B., Droit commercial, 1^{er} vol. 2^{ème} partie : Effets de commerce, 2^e éd., 1977, Montchrestien.

Droit commercial, 2^o vol. : Les sociétés commerciales, 2^e éd., 1976, Montchrestien.

Droit commercial, 3^o vol. : Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillite personnelle, suspension provisoire des poursuites, 2^e éd., 1977, Montchrestien.

Droit commercial, 4^o vol. : Banque, bourse, contrats commerciaux, 1974, Montchrestien.

— JAVILLIER J. C., Droit du travail, 2^e éd., 1981, L.G.D.J.

— LAMBERT-FAIVRE Y., Droit des assurances, 3^e éd., Dalloz, 1979.

Assurances des entreprises et des professions, 1979, Dalloz.

— LASSEGUE P., Gestion financière de l'entreprise et comptabilité, 8^e éd., Dalloz, 1978.

— LAUBADERE A. de, Droit public économique, Dalloz, 3^e éd., 1979.

Traité de droit administratif, T. IV, L'administration de l'économie, 3^e éd., L.G.D.J., 1977.

— LE DROIT ANGLAIS DES AFFAIRES, Charlesworth, 12^e éd. par C. M. Schmitthoff et D. A. G. Sarre, La Documentation Française, 1976.

— LES GRANDS ARRETS DE LA JURISPRUDENCE COMMERCIALE, R. Houin et B. Bouloc, 2^e éd., Sirey, 1976.

— LES GRANDS ARRETS DE DROIT DU TRAVAIL, G. Lyon-Caen et J. Pélissier, 2^e éd. Sirey, 1980.

— LES PROCEDURES COLLECTIVES DE LIQUIDATION OU DE RENFLOUEMENT DES ENTREPRISES EN DROIT COMPARE, par MM. J. Béguin, F. Derrida, F. Terré, J. Treillard, et divers auteurs étrangers, sous la dir. de R. Rodière, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris, Université de Paris II, T. XXXV, éd. Economica, 1976.

— LYON-CAEN G. et PELISSIER J., Les grands arrêts de Droit du Travail, 2^e éd., 1980, Sirey.

— LYON-CAEN Ch. et RENAULT L., Traité de droit commercial, 20^e éd., Paris, 1897, T. VII, Faillites et banqueroutes.

— MAUSS R. et ERHARD M., Le règlement amiable homologué, Dalloz, 1938.

— MAZEAUD H., L. et J., Leçons de droit civil, T. II, 1^o vol. : Obligations : théorie générale, 6^e éd., 1978, par F. Chabas.

— MERLE P. et CHEVALLIER-MERLE E., L'application jurisprudentielle de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, Dalloz, 1976.

— NOEL et LEMONTEY, Aperçus sur le projet de convention européenne relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues, Rev. trim. dr. Européen 1968, p. 703.

— OURLIAC P. et MALAFOSSE J. de, Histoire du droit privé, T. I, Les obligations, P. U. F., 1961.

— PELISSIER J., Le nouveau droit du licenciement, Sirey, 2^e éd., 1980.

— PERCEROU J. et DESSERTAUX M., Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires, 2^e éd., 1936-1938, Paris, Rousseau.

— PROVINCIALI R., Manuale di diritto fallimentare, 5^e éd., Milan, 1970.

— RAVALEC J. P., L'administrateur judiciaire près le Tribunal de commerce, Dalloz, Coll. Manuel de droit usuel, 1972.

— RENOARD A. Ch., Traité des faillites et banqueroutes, 3^e éd., 1853, Paris.

- RIPERT G., La règle morale dans les obligations civiles, 4^e éd., 1949, L. G. D. J.
- Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2^e éd., 1951, L. G. D. J.
- RIPERT G. et ROBLOT R., Traité élémentaire de droit commercial.
- T. 1 : Commerçants, actes de commerce, fonds de commerce, sociétés commerciales, 10^e éd., 1980.
- T. 2 : Valeurs mobilières, effets de commerce, opérations de banque et de bourse, contrats commerciaux, liquidation des biens, suspension provisoire des poursuites, 9^e éd., 1981.
- RIVERO J. et SAVATIER J., Droit du travail, 8^e éd., P. U. F. 1981.
- RODIERE R., Introduction au droit comparé, Dalloz, 1979.
- RODIERE R. et FOURNIER C., La faillite dans la jurisprudence, Librairies Techniques, 1974.
- RODIERE R. et OPPETIT B., Droit commercial, Groupements commerciaux, 10^e éd., Dalloz, 1980.
- Droit Commercial, Effets de commerce, contrats commerciaux, faillites, 8^e éd., Dalloz, 1978.
- RODIERE R. et RIVES-LANGES J. L., Droit bancaire, 3^e éd., 1980, Dalloz.
- SAVATIER R. La théorie des obligations. Droit privé économique, 4^e éd. 1979, Dalloz.
- SAVATIER R. et J. LELOUP J.M. Droit des affaires, 6^e éd., 1980, Dalloz.
- SHONFIELD A., Le capitalisme d'aujourd'hui, L'Etat et l'entreprise, N. R. F., 1967.
- STARCK B., Droit civil. Les obligations, Librairies Techniques, 1972.
- TEYSSIE B., Droit du travail, Litec, 1980.
- THALLER E., Les faillites en droit comparé, Paris, 1887.
- VANDENBOSSCHE A., Un projet de code de commerce sous la régence, éd. Economica, 1980.
- VASSEUR M. Droit et économie bancaires, 2^e éd., 1980, Les Cours de Droit, Paris.
- Droit commercial, 4^e année, 1975-1976, Les Cours de Droit, Paris.
- VERDIER J. M., Traité de droit du travail, Le droit syndical dans l'entreprise, 2^e éd., Coll. Traités Dalloz, 1979.
- VINCENT J., Voies d'exécution et procédures de distribution, 14^e éd., Dalloz, 1981.
- VINCENT J., GUINCHARD S., Procédure civile, 20^e éd., Dalloz, 1981.
- VOULGARIS J., Le particularisme du droit anglais des faillites, Gaz.-Pal., 1973, Doctr., p. 648.
- WEILL A. et TERRE F., Droit civil. Les obligations, 2^e éd., Dalloz, 1975.
- WINTER V., Le droit de la faillite selon la législation allemande, Rev. Syndics 1968, p. 1.

II. OUVRAGES SPECIAUX

A. Thèses, mémoires

- ALLA J., L'évaluation de l'entreprise, de la théorie à la pratique, préf. A. Babeau, éd. Cujas, 1979.
- ARNAUDY G., Le domaine d'application du règlement judiciaire et de la liquidation des biens après la loi du 13 juillet 1967, Thèse, dactyl., Toulouse, 1971.
- AZEMA J. La durée des contrats successifs, préf. R. Nerson, Thèse, Bibl. de droit privé, L.G.D.J., 1969.
- BAUDRON A. M., La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'Ordonnance du 23 septembre 1967, préf. G. Gavalda, Thèse, Bibl. de droit privé, L. G. D. J., 1972.
- BERAUD J.M., La suspension du contrat de travail. Essai d'une théorie générale, préf. J. Pélissier, Bibliothèque de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale, VII, Sirey, 1980.
- BERDAH J. P., Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions, préf. P. Bonassies, Bibl. de droit commercial, T. 27, Sirey, 1974.

- BOCCARA B., L'administration provisoire des sociétés, Thèse, dactyl., Paris, 1948.
 - BOULEZ J., Essai sur l'entreprise individuelle, la société unipersonnelle, Thèse, dactyl., Lyon, 1974.
 - BRUNET A., Masse des créanciers et créanciers de la masse, thèse, dactyl., Nancy, 1973.
 - BUTTET C. de, L'administration provisoire des sociétés, Thèse, dactyl., Lyon, 1970.
 - CAMPANA-REYMOND DE GENTILE M.J., Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967, préf. R. Percerou, Thèse, Bibl. de droit commercial, T. 25, Sirey, 1973.
 - CHAMPAUD C., Le pouvoir de concentration des sociétés par actions, Thèse, Bibl. de droit commercial, T. 5, Sirey, 1962.
 - CONTIN R., Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes, préf. R. Percerou, avant-propos C. Champaud, Bibl. de droit de l'entreprise, T. 5, 1975, Librairies Techniques.
 - DECOOPMAN N., La Commission des Opérations de Bourse et le droit des sociétés, préf. B. Oppetit, éd. Economica, 1979.
 - DESPAX M., L'entreprise et le droit, Thèse, L. G. D. J., 1956.
 - DIZEL M., Les entreprises en difficulté (Recherches d'une harmonisation des critères juridiques et de gestion dans la prévention des difficultés de l'entreprise), Thèse, dactyl., Toulouse, 1979, 2 vol.
 - DUPOUY C., Le droit des faillites en France avant le Code de Commerce, Thèse, Paris, 1960, L. G. D. J.
 - FARJAT G., L'ordre public économique, thèse, Bibl. de dr. privé 1963, L. G. D. J.
 - FERRARI M., La responsabilité civile du chef d'entreprise en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, thèse, dactyl. 1970, Paris.
 - FLEURIET M., Les techniques de l'économie concertée, préf. R. Percerou, Bibl. de dr. commercial, T. 26, Sirey, 1974.
 - GAHNASSIA J. M., L'unité ou la pluralité du règlement judiciaire et de la liquidation des biens en droit du Marché commun, thèse, dactyl., Aix-Marseille, 1971.
 - GASTAUD J. P., Personnalité morale et droit subjectif, thèse, préf. J. P. Sortais, Bibl. de droit privé, L. G. D. J., 1977.
 - GEOFFROY J., Le règlement amiable homologué, thèse, Grenoble, 1939.
 - GONTIER J. L., La détection des défaillances d'entreprise : contribution à l'analyse discriminante, thèse, dactyl., Bordeaux, 1976.
 - GRANCHET G., La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire, thèse, Bibl. de droit privé, T. 35, L. G. D. J., 1962.
 - GUETTA P., Règlement judiciaire et suspension provisoire des poursuites, Mémoire D.E.A., dactyl., Nice, 1976.
 - GUINCHARD S., L'affectation des biens en droit privé français, préf. R. Nerson, Bibl. de droit privé, L. G. D. J., 1976.
 - HEMARD J., Les effets de complaisance, thèse, Paris, 1900.
 - HONORAT A., Les innovations du décret du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires, thèse, L. G. D. J., 1960.
 - HOSTIOU B., La suspension provisoire des poursuites. Recherches sur l'application de l'ordonnance du 23 septembre 1967, thèse, dactyl., 1974, Rennes.
- La situation financière difficile et la détermination du passif des entreprises en état de suspension provisoire des poursuites, Mémoire expertise-comptable, 1977, dactyl.
- LE CANNU P., La société anonyme à directoire, thèse, L. G. D. J., 1979.
 - LEDOUBLE D., L'entreprise et le contrat, préf. C. Champaud, thèse, Bibl. de droit de l'entreprise, Lib. Techn., 1980.
 - LUPAS S., Du concordat préventif de faillite, Thèse, Domat-Montchrestion, 1936.
 - MOULY J., La fraude à la loi en droit du travail. Contribution à la théorie générale de la fraude, thèse, dactyl., Limoges, 1979.
 - NAZET-ALLOUCHE D., Les entreprises en difficulté et l'emploi : normes et pratiques, Recherche effectuée pour le Service de Coordination de la Recherche du Ministère de la Justice, sous la direction de J. C. Javillier, Centre de Sciences Sociales du Travail, Bordeaux I, dactyl., 1980.
 - OLIVIER D., La distinction de l'homme et de l'entreprise dans la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes,

thèse, dactyl., Paris, 1972.

- PAILLUSSEAU J., La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise, Bibl. de dr. commercial, Sirey, 1967.
- PASTAUD P., L'efficacité des sûretés réelles en droit des affaires, thèse, dactyl., Limoges, 1979.
- PASTRE G., Le financement inter-entreprises, thèse, dactyl., Paris I, 1975.
- REINHARD Y., L'acte du salarié et la responsabilité pénale du chef d'entreprise, thèse, dactyl., Lyon, 1974.
- SCHEUING D. H., Les aides financières publiques, préf. P. Weil, Coll. l'Administration nouvelle, Berger-Levrault, 1974.
- SOUSI-ROUBI B., L'artisan dans le droit français, thèse, éd. l'Hermès, Lyon, 1978.
- SOUSI G., L'intérêt social, thèse, dactyl., Lyon, 1974.
- TEMPLE H., Les sociétés de fait, préf. J. Calais-Aulouis, Bibl. de droit privé, L.G.D.J., 1975.
- TRASBOT A., Le règlement transactionnel de la loi du 2 juillet 1919, Etude critique (économique et juridique), thèse, Bordeaux, 1922.
- VACARIE I., L'employeur, préf. G. Lyon-Caen, Bibl. de droit du travail et de la sécurité sociale, Sirey, 1979.
- VEZIAN J., La responsabilité du banquier en droit privé français, préf. M. Cabrillac, 2^e éd., Bibl. de droit de l'entreprise, Librairies Techniques 1977.
- VIANDIER A. La notion d'associé, préf. F. Terré, Bibl. de dr. privé, L.G.D.J., 1978.

B. Etudes, articles, chroniques

- ADAM G. La défense de l'emploi et de l'entreprise, Droit Social 1978, n° spécial : Le droit social et l'entreprise en difficulté ou en liquidation, p. 8.
- ALBERT J. et VIALET L., Les défaillances d'entreprises depuis dix ans : un tournant en 1974, Economie et Statistiques 1977, p. 33.
- ALIBERT D., A la recherche d'une structure juridique pour l'entreprise individuelle, Dix ans de droit de l'entreprise, Librairies Techniques, 1978, p. 63.
- ALLIOT R., La faillite personnelle et autres sanctions civiles, Faillites, ouvr. coll. sous la dir. de R. Rodière, Dalloz, 1970, p. 391.
- AMATA V., Le contrôle des sociétés et la certification des comptes annuels par les commissaires aux comptes, Banque 1980, p. 977.
- ASPECTS ECONOMIQUES DE LA FAILLITE ET DU REGLEMENT JUDICIAIRE (étude des mécanismes), Rapport de l'Inspection Générale des Finances, préf. V. Giscard d'Estaing, Bibl. de dr. commercial T. 20, Sirey, 1970.
- ATIAS C., La promesse unilatérale de vente et la vente ultérieure à un tiers de mauvaise foi, réexamen d'une jurisprudence constante, J. C. P. 1978, éd. N., D, p. 291.
- ATIAS C. et LINOTTE D., Le mythe de l'adaptation du droit au fait, D. 1977, Chr., p. 251.
- BACHELOT Y., Les garanties demandées par les banques, Colloque de l'Association Droit et Commerce, 7-8 mai 1977 : Rôle et responsabilité des banques, Rev. fr. de comptabilité 1977, n° 75, Rev. Jurisp. Com. 1977, n° sept-oct., p. 263.
- BALZAC H. de, César Birotteau, éd. La Pléiade, T. V.
- BANCAREL M., La sécurité sociale face à l'entreprise en difficulté, Droit Social 1978, n° spécial : Le droit social et l'entreprise en difficulté ou en liquidation, p. 51.
- BARTHELEMY J.F., La mobilisation des créances dans la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, Revue des Juristes d'Affaires et du Droit de l'Entreprise, J.A.D.E., n° 1, février 1981, p. 4 (publication trimestrielle de l'Association des Etudiants Juristes d'Affaires de Lyon, Université Jean-Moulin, Lyon III).

- BEAUBRUN M. La confusion des patrimoines au regard des procédures collectives de liquidation du passif, *Rev. Jurisp. Com.* 1980, p. 41 et p. 81 et s.
- BERANGER T., Contrats de travail à durée déterminée et indemnisation du chômage, Colloque 31 mai 1980, *Droit Social* 1980 n° spécial, p. 72.
- El Moktar BEY, Le leasing d'actions, *Cahiers de droit de l'entreprise* 1977, n° 2.
- BIENAYME A., Rapport au Conseil Economique et Social : La conversion des entreprises industrielles, J. O. Avis et Rapports du Conseil Economique et Social, 1979, n° 22, 17 août 1979.
- BLANCHER R. Evolution du droit fiscal en rapport avec les aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise, *Etudes P. Azard, Cujas*, 1980, p. 21.
- BLOCH-LAINE F., Pour une réforme de l'entreprise, *Seuil*, 1963.
- L'entreprise dans les mutations de l'économie : position des problèmes, *Etudes P. Azard, Cujas*, 1980, p. 27.
- BLONDEL P., Le Plan, *Faillites*, ouvr. coll. sous la dir. de R. Rodière, *Dalloz*, 1970, p. 367.
- BOUAULT P., Les nécessités de la gestion des entreprises ne fixent-elles pas les limites de la responsabilité des dirigeants sociaux ? Rapport général de synthèse, Conférence générale des Tribunaux de Commerce de France, 17 novembre 1978.
- BOULARAN M., Au-delà de l'action prioritaire sans droit de vote, *J. C. P.* 1979, éd. N, I, p. 117.
- BOULAY J.C., l'obligation du commissaire aux comptes de révéler les faits délictueux, *Rév. Sociétés* 1980, 443.
- BOULOC B., Les comptes bancaires, les chèques et les valeurs mobilières, Colloque de l'Association Droit et Commerce, 7-8 mai 1977 : Rôle et responsabilité des banques, *Rev. fr. de comptabilité* 1977, n° 75, *Rev. Jurisp. Com.* 1977, n° sept-oct., p. 320.
- BRAC DE LA PERRIERE G., L'entreprise moyenne dans le marché des capitaux, Colloque de Lyon 26-27 octobre 1978, *Banque* 1978, 1321.
- BREITENSTEIN D. Von, La clause de réserve de propriété et le risque d'une perte fortuite de la chose vendue, *Rev. trim. dr. com.* 1980, p. 43.
- BRILL J. P. La filiale commune et la commission de la concurrence, *D.* 1980, *Chr.*, p. 283.
- BRILMAN J., Le redressement des entreprises en difficulté, Paris, 1978, éd. *Hommes et Techniques*.
- BRISSAUD J., Le créancier « premier saisissant » dans l'ancien droit français, préf. R. Perrot, *P. U. F.*, 1972.
- BROCARD R., La concentration du système productif en 1975, *Economie et Statistiques* 1979, p. 29.
- BRONCY G., Les nouveaux documents fournis aux entreprises par la centrale des bilans de la Banque de France, *Rev. fr. de comptabilité* 1978, p. 279.
- BRULLIARD G. L'unification du droit privé en Italie et l'absorption du droit commercial, *Etudes P. Azard, Cujas*, 1980, p. 33.
- BRUNAUD F., Une liste des concentrations industrielles, *Economie et Statistiques* 1978, p. 79.
- BRUNOIS R. Les entreprises en difficulté : les solutions préconisées par le Comité d'études présidé par P. Sudreau et leur influence sur l'évolution de la législation, *Etudes P. Azard, Cujas*, 1980, p. 47.
- CABRILLAC M., La vente de ses parts ou actions imposée au dirigeant social en faillite personnelle, *Etudes A. Jauffret*, 1974, p. 163.
- CABRILLAC M. et RIVES LANGES J. L., Les problèmes juridiques et réglementaires posés par les intérêts dans les crédits bancaires, Colloque de l'Université de Paris I : Responsabilité professionnelle du banquier : contribution à la protection des clients de banque, préf. P. Marclhacy, sous la dir. de C. Gavalda, éd. *Economica*, 1978.
- CAISSE NATIONALE DES MARCHES DE L'ETAT, 1977, *Bulletin* n° 76 : L'origine des difficultés des entreprises françaises tombées en règlement judiciaire : n° 77 : La création d'entreprise en France ; *Fiche documentaire* n° 2 : les faillites en 1977 ; 1980, n° 87 : La suspension provisoire des poursuites : un bilan.
- CAMERLYNCK G.H., Identité d'entreprise ou identité d'emploi ? (à propos d'un arrêt récent de la Cour de cassation) *D.* 1978, *Chr.*, 269.

- CAMPANA-REYMOND DE GENTILE M. J., Le projet de réforme des procédures collectives (étude critique), D. 1977, Chr., p. 273.
- CARMAGNOL C., Les prêts participatifs, J.C.P. 1980, éd. C.I., 13350.
- CASSOU P. H., Les aides financières aux entreprises, Litec, 1977.
- CASTA J. F. et ZERBIB J. P., Prévoir la défaillance des entreprises ? Rev. française de comptabilité 1979, 506.
- CATALA N., Représentation des travailleurs et concentration européenne des entreprises, Etudes A. Brun, Librairie sociale et économique, 1974, p. 109.
- L'entreprise, Dalloz, 1980, coll. Droit du travail.
- CAUSSAIN J. J., La société à directoire : bilan et perspectives, J. C. P. 1977, éd. C. I., II, 12 451.
- CHAMPAUD C. Contribution à l'étude du droit économique, D. 1967, Chr., 215.
- La situation personnelle des dirigeants des sociétés de famille et la réforme de 1966, Mélanges D. Bastian, T. 1, Librairie Techniques 1974, p. 35.
- La situation des entreprises en difficulté, problème de droit économique perturbant le droit privé, Colloque de l'Association Droit et Commerce, 1-2 mai 1976 : Les entreprises en difficulté, Rev. Jurisp. Com. 1976, n° spécial, Rev. fr. de comptabilité 1976, n° 64, p. 373.
- La responsabilité des organismes publics et para-publics, *ibid.*, p. 488.
- Synthèse générale : sens, valeur et portée juridique de l'intervention externe dans la gestion des entreprises en difficulté, *ibid.*, p. 502.
- La place de l'intérêt public dans les procédures collectives, Colloque de Lille 11-12 mai 1978 : La refonte du droit de la faillite, Université de Lille III, p. 109.
- Pouvoirs publics et entreprises défaillantes, Réflexions d'un juriste sur des problèmes juridiques non résolus, Humanisme et Entreprise, 1979, octobre, p. 1.
- L'entreprise personnelle à responsabilité limitée. Rapport du groupe d'étude chargé d'étudier la possibilité d'introduire l'E. P. R. L. dans le droit français, Rev. trim. dr. com. 1979, p. 579.
- CHAPUT Y., Les sûretés négatives, Annales de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 1974, p. 167.
- L'inégalité des débiteurs face aux procédures collectives, Etudes E. de Lagrange, 1978, p. 117, L.G.D.J.
- Les clauses de réserve de propriété, J.C.P. 1981, éd. C.I., II, 13444 ; J.C.P. 1981, éd. G., D., 3017.
- CHARTIER Y., La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978, J. C. P. 1978, D, 2 917.
- L'évolution des engagements des associés, Revue des Sociétés 1980, p. 1.
- CHASSAGNON A., La nomination d'un administrateur provisoire, Colloque de l'Association Droit et Commerce, 1-2 mai 1976 : Les entreprises en difficulté, Rev. Jurisp. Com. 1976, n° spécial sept., Rev. fr. de comptabilité 1976, n° 64, p. 425.
- L'intervention judiciaire dans les entreprises en difficulté, Technique et documentation, 1980.
- CHEVALLIER J. Y., Les conditions d'ouverture de nouvelles procédures collectives, Faillites, ouvr. coll. sous la dir. de R. Rodière, Dalloz, 1970, p. 57.
- CHEVRIER A., De la défaillance financière à une procédure collective renouvelée, Rapport au XV^e Congrès national des syndics et administrateurs, Rev. trim. dr. com. 1976, p. 643.
- CLAVEL P., Les obligations échangeables contre des actions, Annales de la Faculté de Droit de Lyon, 1969, I, p. 29.
- COLLOMB P., La clientèle du fonds de commerce, Rev. trim. dr. com. 1979, p. 1.
- COLLONGUES Y., Ratios financiers et prévisions des faillites des petites et moyennes entreprises, Banque 1977, p. 963.
- COMPTE GÉNÉRAL de l'Administration de la Justice, années 1974 et 1975, La Documentation Française 1977 et 1979.
- CONSTANTINESCO L. J., La constitution économique de la C. E. E., Rev. trim. dr. Européen 1977, p. 244.
- CONTIN R. La responsabilité civile des dirigeants en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens de la société, Rev. Jurisp. Com. 1979, p. 245.

Les données et les critères de l'intervention judiciaire dans les entreprises en difficulté, Colloque de l'Association Droit et Commerce, 1-2 mai 1976 : Les entreprises en difficulté, *Rev. Jurisp. Com.* 1976, n° sept-oct., *Rev. fr. de comptabilité* 1976, n° 64, p. 416.

— COURDENT, La juridiction consulaire et les procédures collectives : statu quo ou centralisation ? Colloque de Lille, 11-12 mai 1978 : La refonte du droit de la faillite, Université de Lille III, 1979, p. 61.

— COURET A., Le nouveau visage du Crédit Agricole, renonciation ou approfondissement, banque 1979, p. 721.

L'évolution récente du Crédit Mutuel à vocation générale, Banque 1981, p. 181.

— COUTURIER G., Le nouveau droit des licenciements est-il efficace ?, Colloque organisé par Droit Social et l'Université de Paris II, 26-27 janvier 1978 : Sur le nouveau droit du licenciement, *Droit Social* 1978, n° spécial, p. 74.

Les nouveaux contrats de travail à durée déterminée, Colloque 31 mai 1980, *Droit Social*, n° spécial, p. 38.

— COVIAUX J. C., L'achat par une société de ses propres actions, Dix ans de droit de l'Entreprise, Librairies techniques 1978, p. 187.

— CREHANGE, De quelques spécificités du droit commercial Alsacien-Lorrain, *Rev. Jurisp. Com.* 1975, p. 359.

— CROUZET A. Structure et pouvoir dans l'entreprise, préf. P. Reuter, Les éditions du pont d'arc, 1979.

— DAGOT M., Un colosse aux pieds d'argile : la législation sur les procédures collectives de liquidation, *J. C. P.* 1973, D, 2 538.

— DAIGRE J.J., Les créanciers titulaires de sûretés réelles et le concordat, *J.C.P.* 1980, éd. C.L., 13364.

— DARCEL R., Une loi d'opportunité bien accueillie par le patronat, Colloque 31 mai 1980, *Droit Social* n° spécial : Les contrats de travail à durée déterminée, p. 19.

— DAUDE B. Prévision des faillites et informatique, Colloque de l'Association Droit et Commerce, 5-6 mai 1979, L'informatique et le droit commercial, *Rev. Jurisp. Com.* n° 11 spécial, p. 390.

— DELEAU J., La notion de cessation des paiements en jurisprudence, *Rev. trim. dr. com.* 1949, p. 589.

— DELEAU-DESHAYES M., Les intérêts, *Rev. Jurisp. com.* 1978, p. 329.

— DELMAS-MARTY M., Les délits financiers dans le cadre des sociétés commerciales, *D.* 1978, Chr. 87.

— DERRIDA F., Concordat préventif et droit français, Dix ans de Conférences d'agrégation, Hommage à J. Hamel, 1961, p. 489.

Le droit de poursuite individuelle des créanciers titulaires de sûreté spéciale dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens, *D.* 1967, Chr., 251.

De la nature juridique des sociétés par intérêts depuis la loi du 24 juillet 1966, *Mélanges A. Audinet*, 1968, P.U.F., p. 43.

Le « super-privilège » des salariés dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens, *D.* 1973, Chr., 59.

Vers la Sécurité Sociale des salaires ?, *D.* 1974, Chr., 119.

Le rôle du commissaire à l'exécution du concordat dans la législation de 1967, *Mélanges D. Bastian*, 1974, p. 385.

A propos de la faillite personnelle, *D.* 1975, Chr., 201.

In, les dangers de la faillite pour la pratique notariale, Cridon, Lyon 1977.

La sécurité de l'emploi et le droit des procédures collectives, *Droit Social* 1978, n° spécial : le droit social et l'entreprise en difficulté ou en liquidation, p. 62.

Pour une conception nouvelle du concordat dans le règlement judiciaire, Dix ans de droit de l'entreprise, Librairies Techniques 1978, p. 62.

Le crédit et le droit des procédures collectives, *Mélanges R. Rodière* (à paraître).

La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives, *D.* 1980, Chr., p. 293.

— DERRIDA F. et H. CHARLES, Les contrats administratifs dans les procédures collectives, *D.* 1977, Chr., 29.

- DERRUPPE J., Fonds de commerce et clientèle, Etudes A. Audinet, 1974, p. 231.
- DESBOIS H., La réforme de la faillite et l'institution d'un concordat préventif, Banque 1967, p. 841.
- Une nouvelle tentative de concordat préventif : le plan d'apurement, Banque 1968, p. 29.
- La réforme de la faillite et le privilège des salariés, Droit Social 1968, p. 230.
- DIDIER P., Esquisse de la notion d'entreprise, Mélanges P. Voirin, 1967, L. G. D. J., p. 209.
- La terre et le droit commercial, Etudes H. Cabrillac, 1968, p. 161.
- Monnaie de compte et compte bancaire, Etudes J. Flour, 1979, Répertoire Defrénois, p. 140.
- DIENER M., les actions de priorité amortissables, Dix ans de droit de l'Entreprise, Librairies Techniques 1978, p. 161.
- DISCOURS prononcés le 5 janvier 1979 à l'audience solennelle d'installation du Tribunal de Commerce de Paris, Imprimerie Municipale, 1979.
- DIX ANS DE DROIT DE L'ENTREPRISE, avant-propos J. M. Mousseron et B. Teyssié, Fondation Nationale pour le droit de l'entreprise, Bibl. de droit de l'Entreprise, T. 7, Librairies Techniques, 1978.
- DRAGUE O., De quelques aspects juridiques actuels des conflits collectifs, Droit Social 1980, 269.
- DUNES A., La rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée, Colloque du 31 mai 1980, Droit Social 1980 n° spécial, 65.
- DUPEYROUX J. J. Incertitudes et aberration, quelques questions en guise d'introduction, Colloque organisé par Droit Social et l'Université de Paris II : Sur le nouveau droit du licenciement, Droit Social 1978, n° spécial, 3.
- Le droit du travail, la crise, les contrats de travail à durée déterminée, Colloque du 31 mai 1980, Droit Social 1980 n° spécial, p. 3.
- DUPUY J., La démission du salarié, D. 1980, Chr., 253.
- DURAND P., Les fonctions publiques de l'entreprise privée, Droit Social 1945, p. 246.
- La notion juridique de l'entreprise, Travaux de l'Association H. Capitant, 1947, T. 3, p. 45.
- L'évolution de la condition juridique des personnes morales en droit privé, Mélanges G. Ripert, 1950, T. I, p. 159.
- ECK F. et FISCHER G., Financement des entreprises : fausses réformes et vraie révolution, Banque 1980, 1243.
- FERRARI M., Le pacte d'attribution, délit de fuite passible de banqueroute, Gaz.-Pal. 1969, I, D., 99.
- XVII^e Congrès des Syndics, Orléans 28-30 sept. 1978, Gaz.-Pal. 1978, II, D., 608.
- FOYER Jean, Suspension provisoire des poursuites, règlement judiciaire : unité ou dualité des procédures ? Colloque de Lille, 11-12 mai 1978 : La refonte du droit de la faillite, Université de Lille II, 1979, p. 145.
- De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises, Etudes P. Azard, Cujas, 1980, p. 55.
- FREYRIA C. Les ordonnances de septembre 1967 et le droit commercial, 2^e communication, Actualités de droit de l'entreprise 1968, Librairies Techniques 1969, p. 99.
- Problématique des pouvoirs économiques du comité d'entreprise, Mélanges A. Brun, 1974, p. 209.
- Bilan juridique des fonctions économiques des comités d'entreprise, Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes G. H. Camerlynck, Dalloz, 1978, p. 273.
- Le contenu de l'information économique et sociale du comité d'entreprise, Colloque organisé par Droit Social, 19-20 janvier 1979, Université de Paris-Dauphine, Le chef d'entreprise et le Comité d'entreprise, Droit Social 1979, n° spécial, p. 35.
- Rapport de synthèse au Colloque de Lille, 11-12 mai 1978 : La refonte du droit de la faillite, Université de Lille III, 1979, p. 159.
- FROMONT M., Le contrôle des aides financières publiques aux entreprises privées, A.J.D.A., 1979, 3.

- FUNEL J., Les entreprises en difficulté : quelques observations sur les interventions de l'Etat, *Droit Social* 1978, n° spécial : Le droit social et l'entreprise en difficulté ou en liquidation, p. 17.
- GALIA-BEAUCHESNE A. Les clauses de garantie du passif dans les cessions d'actions et de parts sociales, *Rev. Soc.* 1980, 27.
- GALIMARD M. La transmission de l'entreprise, *Etudes P. Azard, Cujas*, 1980, p. 65.
- GASTINEAU P., Le régime fiscal des fusions de sociétés et opérations assimilées, *Litec*, 1980.
- GAVALDA C. Le secret des affaires, *Mélanges offerts à R. Savatier, Dalloz*, 1965, p. 291.
L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (commentaire de la loi du 10 janvier 1978), *D.* 1978, *Chr.*, p. 189.
La responsabilité civile et pénale du fait des préposés de banque, *Colloque de l'Université de Paris I : Responsabilité professionnelle du banquier : contribution à la protection des clients de banque, sous la direction de C. Gavalda, préf. P. Marcilhacy, Economica*, 1978, p. 53.
- Le contrôle des concentrations d'entreprises selon la loi française n° 77-806 du 19 juillet 1977, *Rev. Soc.* 1979, 473.
- Le crédit gratuit, *D.* 1979, *Chr.*, p. 277.
- GAVALDA C. et STOUFFLET J., *Chroniques de droit bancaire*, J. C. P. 1976, D, 2 801, J. C. P. 1978, D, 2 802, J. C. P. 1979, D, 2 965.
- GEISENBERGER, Rapport à la Conférence générale des présidents et membres des tribunaux de commerce de France, 11 juin 1971, éd. A. Rey, Lyon, *Gaz.-Pal.* 1972, 2, *Doctr.*, 455.
- GEOUFFRE de la Pradelle G. de, *L'union, Faillites*, ouvr. coll. sous la direction de R. Rodière, *Dalloz*, 1970, p. 335.
- GHESTIN J., La prophétie réalisée, J. C. P. 1976, D, 2 786.
Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, *D.* 1981, *Chr.*, 1.
- GISSEROT F., La confusion des patrimoines est-elle une source autonome de l'extension de la faillite ?, *Rev. trim. dr. com.* 1979, p. 49.
- GOMAA N. M. K., *Le concordat, Faillites*, ouvr. coll. sous la direction de R. Rodière, *Dalloz*, 1970, p. 303.
- GORE F., L'évolution du droit de la comptabilité de l'entreprise, *Dix ans de droit de l'Entreprise, Librairies Techniques* 1978, p. 864.
- GOURGUES J.C., L'entreprise individuelle à responsabilité limitée, *J.C.P.* 1980, éd. C.I., 13258.
- GUIDE DES SERVICES DE LA BANQUE A L'ENTREPRISE, *Cahiers du chef d'entreprise*, n° 1, septembre 1980, éd. Le crédit du Nord.
- GUILLOU J., Fonds de roulement et besoins en fonds de roulement, *Banque* 1979, p. 346.
- GULPHE P., Le diagnostic d'entreprise face aux ambitions du rapport Sudreau, *Banque* 1979, p. 839.
- GULPHE P. et MERCADAL B., *Magistrature et droit des affaires, Dix ans de droit de l'entreprise, Librairies Techniques* 1978, p. 1 037.
- GUYENOT J., La pratique des obligations convertibles en actions à tout moment, *Banque* 1980, p. 1003.
- Les participations d'une société au capital d'une autre société : filiales et participations dans la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, *Etudes P. Azard, Cujas*, 1980, p.87.
- GUYON Y., Une faillite au début du XIX^e siècle selon le roman de Balzac : César Birotteau, *Etudes A. Jauffret*, 1974, p. 377.
- Les missions des administrateurs provisoires de sociétés, *Etudes D. Bastian, T. 1, Librairies Techniques*, 1974, p. 103.
- Les droits des salariés dans la liquidation collective des biens de l'entreprise, *Droit Social* 1974, p. 138.
- Que reste-t-il du principe de la liberté du commerce et de l'industrie ?, *Dix ans de droit de l'Entreprise, librairies Techniques* 1978, p. 3.
- La distribution gratuite d'actions aux salariés (*Commentaire de la loi n°*

80-834 du 24 octobre 1980 et du Décret n° 80-935 du 26 novembre 1980), J.C.P. 1981, D. 3006.

— HAEHL J. P., Vers l'élaboration d'un droit économique des entreprises en difficulté : bilan et perspectives de l'Ordonnance du 23 septembre 1967 (à propos de l'application de l'Ordonnance du 23 septembre 1967 à la Société Manufrance), *Rev. Jurisp. Com.* 1979, 1.

Histoire des techniques d'exécution collectives en droit commercial, *Annales de la Faculté de Droit de Lyon* 1980, 11.

— HEMARD J., La suppression du droit préférentiel de souscription aux augmentations du capital dans les sociétés anonymes, *Etudes A. Jauffret*, 1974, p. 393.

— HERMET G., Les banques et les M.P. I. : un marketing à construire, *Banque* 1979, p. 351.

— HONORAT A., La masse des créanciers dans la liquidation des biens et le règlement judiciaire du débiteur, *Etudes A. Audinet*, P. U. F., 1968, p. 227.

La loi du 27 décembre 1973 sur l'assurance-insolvabilité au profit des salariés d'un employeur en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, *Rép. Défrenois* 1974, 1 370.

Problèmes d'application dans le temps de la loi du 13 juillet 1967 relative à la liquidation des biens et au règlement judiciaire, *Mélanges D. Bastian*, T.1, *Librairies Techniques*, 1974, p. 411.

Les effets à l'égard du débiteur et des créanciers privilégiés et chirographaires de la suspension provisoire des poursuites au cours de ses deux phases, Rapport présenté par le Tribunal de commerce de Nice à la Conférence régionale de Nîmes du 4 juin 1977, *Rev. Jurisp. Com.* 1978, 1.

— HOUIN R., Permanence de l'entreprise à travers la faillite (communication faite à l'Inspection Générale des Finances le 6 octobre 1964), *Liber Amicorum Baron L. Fredericq*, 1965, T.2, 609, et annexé au Rapport de l'Inspection Générale des Finances : Aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire (étude des mécanismes), *Bibl. de droit commercial*, T. 20, *Sirey*, 1970.

L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite, *J. C. P.* 1980, D. 2 978.

— HUDIN C., Intervention des pouvoirs publics et des organismes para-publics, Colloque de l'Association Droit et Commerce, 1-2 mai 1976 : Les entreprises en difficulté, *Rev. Jurisp. Com.* 1976, n° sept-oct., *Rev. fr. de comptabilité* 1976, n° 64, p. 394.

— HUET A., Banqueroute et délits annexes, les infractions commises à l'occasion des procédures collectives de liquidation et de renfouement des entreprises, *Faillites*, *ouvr. coll.* sous la direction de R. Rodière, *Dalloz*, 1970, p. 427.

— ITHURBIDE R., Histoire critique de la faillite, *L. G. D. J.*, 1973.

— JACOB N., La contestation de l'entreprise, *Etudes P. Azard*, *Cujas*, 1980, p. 137.

— JADAUD B., Orientation de l'épargne vers le financement des entreprises, dispositions fiscales, *J. C. P.* 1978, éd. C. I., II, 12 885.

— JAUFFRET A., Créanciers de l'entreprise et créanciers de la personne en droit français, *Liber Amicorum Baron L. Fredericq*, 1965, T.2, 637.

La modification du capital émis dans les sociétés anonymes notamment du point de vue des droits de souscription préférentielle, *Rev. trim. dr. com.* 1974, 183.

— JAVILLIER J. C., Une nouvelle illustration du conflit des logiques (droit à l'emploi et droit des obligations) : « Normalisation » du licenciement et sauvegarde des pouvoirs du chef d'entreprise, *Tendances du droit du travail français contemporain*, *Etudes G. H. Camerlynck*, *Dalloz*, 1978, p. 101.

— JEAMMAUD A., La résiliation judiciaire du contrat de travail face au droit du licenciement, *D.* 1980, *Chr.*, 47.

— JEANTIN M., La cession de créance en période suspecte, *D.* 1980, *Chr.*, 312.

— JOBARD J. P., Tableau d'emplois et de ressources et plan de redressement, *Banque* 1978, p. 969.

— LABRUSSE C., L'évolution du Droit français de la faillite depuis le Code de commerce, *Faillites*, *ouvr. coll.* sous la direction de R. Rodière, 1970, *Dalloz*, p. 5.

— LAGARDE G., Les travaux de la Commission française de réforme du Code de commerce et des lois sur les sociétés, *Rev. trim. dr. com.* 1956, 1.

Le nouveau régime du règlement judiciaire et de la liquidation des biens,

de la faillite personnelle et des banqueroutes, Actualités de droit de l'Entreprise, Les ordonnances de septembre 1967 et le droit commercial, Librairies Techniques 1969, p. 81.

Propos de commercialiste sur la personnalité morale. Réalité ou réalisme ? Etudes A. Jauffret, 1974, p. 429.

— LAMBERT G., Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise, Etudes P. Kayser, T. II, Rép. Defrénois, 1979, p. 77.

— LAMBERT-FAIVRE Y., L'entreprise et ses formes juridiques, Rev. trim. dr. com. 1968, 907.

La vie de l'entreprise pendant la première phase de la procédure, Faillites, ouvr. coll. sous la direction de R. Rodière, Dalloz, 1970, p. 271.

LA REFORME DE L'ENTREPRISE des divers Etats Européens, cahiers de Droit de l'entreprise 1975, n° 3/4.

— LA REFORME DE L'ENTREPRISE, Rapport du Comité d'étude, présidé par P. Sudreau, La documentation française, 1975.

— LAROQUE J., Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes G. H. Camerlynck, Dalloz, 1978, p. 27.

— LE COMMISSAIRE AUX COMPTES ET LES DIFFICULTES FINANCIERES DES ENTREPRISES, Bulletin du Conseil National des Commissaires aux comptes 1978, n° 32, p. 480.

— LEFEBVRE D., La spécificité du droit commercial, Rev. trim. dr. com. 1976, p. 285.

— LE GALL E., Les effets du jugement ouvrant la procédure de liquidation ou de renfouement des entreprises sur la situation des créanciers, Faillites, ouvr. coll. sous la direction de R. Rodière, Dalloz, 1970, p. 149.

— LE GOFF J., Marchands et banquiers du Moyen-Age. Coll. Que sais-je ? P. U. F., 1972.

— LEJOINDRE J. L., Les décisions susceptibles d'appel en matière de procédures collectives, Gaz.-Pal. 1979, I, D, 156.

— LE ROUX-COCHERIL R., La « Faillite » et l'article L. 122-12 du Code du travail, Droit Social 1978, n° spécial : Le droit social et l'entreprise en difficulté ou en liquidation, p. 93.

— LESTANG R. de, La notion d'unité économique et sociale d'entreprises juridiquement distinctes, Colloque organisé par Droit Social à l'Université de Paris-Dauphine, 19-20 janvier 1979 : Le chef d'entreprise et le comité d'entreprise, Droit Social 1979, n° spécial, p. 5.

— LEVY-BRUHL H., Un projet de code de commerce à la veille de la Révolution : Le projet Miromesnil (1778-1789), Paris, 1932.

Histoire juridique des sociétés de commerce en France au XVII^e et XVIII^e siècles, Paris, 1938.

— LOCRE Baron, La législation civile et commerciale de la France, Paris, 1830, T. XIX.

— LOUIT C., Les relations entre l'administration fiscale et le contribuable, tentative de réconciliation d'un couple désuni, Etudes P. Kayser, T. II, Rép. Defrénois, 1979, p. 177.

— LOY O., La troisième directive du Conseil des C. E. E. sur les fusions de sociétés anonymes, Rev. trim. dr. Europ. 1980, 354.

— LUSSAN C., La responsabilité des banques vis-à-vis de leurs clients, Colloque de l'Association Droit et Commerce, 7-8 mai 1977 : Rôle et responsabilité des banques, Rev. fr. de comptabilité 1977, n° 75, Rev. Jurisp. Com. 1977, n° sept-oct., p. 288.

— LYON-CAEN A., Le comité d'entreprise et la restructuration de l'entreprise, Colloque organisé par Droit Social à l'Université de Paris-Dauphine, 19-20 janvier 1979 : Le chef d'entreprise et le comité d'entreprise, Droit Social 1979, n° spécial, p. 23.

— LYON-CAEN G., L'intervention des salariés dans les procédures collectives, Colloque de Lille, 11-12 mai 1978 : La refonte du droit de la faillite, Université de Lille III, 1979, p. 97.

Les principes généraux du droit du travail, Tendances du droit du travail français contemporain, Etudes G. H. Camerlynck, Dalloz, 1978, p. 35.

Plasticité du capital et nouvelles formes d'emploi, Colloque 31 mai 1980, Droit Social 1980, n° spécial : Les contrats de travail à durée déterminée, p. 8.

La recherche des responsabilités dans les conflits du travail, D. 1979, Chr., 255.

— LYON-CAEN G. et LYON-CAEN A., La « doctrine » de l'entreprise, Dix ans de droit de l'Entreprise, Librairies Techniques 1978, p. 599.

- MARTEL J., L'article 99 ou l'injure aux lois, *Gaz.-Pal.* 1979, I, D., 4.
- MARTIN D., Le diagnostic d'entreprise, critère de responsabilité judiciaire, *Rev. Trim. dr. com.* 1979, p. 187.
- MARTIN G. J., La notion de fusion, *Rev. trim. dr. com.* 1978, p. 269.
- MARTIN L., Les divers crédits bancaires, Colloque de l'Association Droit et Commerce, 7-8 mai 1977 : Rôle et responsabilité des banques, *Rev. fr. de comptabilité* 1977, n° 75, rev. *Jurisp. Com.* 1977, n° sept-oct., p. 258.
- MARTIN L. M., Rapport général à la conférence générale des Tribunaux de Commerce de France, *Gaz.-Pal.* 1977, 2, 619.
- MARTIN-SERF A. Réflexions sur la nature contractuelle du concordat, *Rev. Jurisp. Com.* 1980, p. 293.
- MARTINEAU J., Interventions de l'expert comptable devant les juridictions consulaires et missions qui lui sont confiées, *Rev. fr. de comptabilité* 1974, p. 75.
- La responsabilité des banques vis-à-vis des tiers, Colloque de l'Association Droit et Commerce, 7-8 mai 1977 : Rôle et responsabilité des banques, *Rev. fr. de comptabilité* 1977, n° 75, *Rev. Jurisp. Com.* 1977, n° sept-oct., p. 301.
- MASSIN E., Bilan de l'institution de la suspension provisoire des poursuites et du plan d'apurement, *Rev. Jurisp. com.* 1971, p. 135.
- MASSON J., Le diagnostic d'entreprise, le point de vue du banquier, *banque* 1978, p. 1 237.
- MAURY J., Le dessaisissement et les interdictions produites par le jugement, *Faillites*, ouvr. coll. sous la direction de R. Rodière, Dalloz, 1970, p. 245.
- MAYOUX J., Rapport du groupe de réflexion présidé par - : Le développement des initiatives financières locales et régionales, *La Documentation française*, 1979.
- MERCADAL B. et GULPHE P., Magistrature et droit des affaires, *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies Techniques 1978, p. 1 040.
- MERLE P., Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme, *D.* 1975, Chr., 245.
- MESTRE A., Le VII^e Plan et la planification à la française, *Droit Social* 1979, p. 188.
- MIALON M. F., La réforme des sociétés coopératives ouvrières de production, *Droit Social* 1979, p. 211.
- MOUSSERON J. M. La clause de réserve de propriété, *Cahiers de droit de l'entreprise* 1980, IV, 1.
- NAYRAL de PUYBUSQUE J., Les divers modes de rupture des contrats de travail à durée indéterminée et leurs conséquences, art. L. 122-12, *D.* 1980, Chr., 317.
- NORMAND J., Les procédures d'urgence en droit du travail, *Droit Social* 1980, 45.
- NOWINA R., Le pacte d'attribution, *Gaz.-Pal.* 1969, I, Doctr., 3.
- OLLIER P., Le contrôle du motif économique de licenciement, Colloque organisé par Droit Social et l'Université de Paris II, 26-27 janvier 1978 : Sur le nouveau droit du licenciement, *Droit Social* 1978, n° spécial, p. 29.
- OPPETIT B., Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français, *Travaux de l'Association H. Capitant*, T. 22, Dalloz, 1970, p. 185.

Les cessions de droits sociaux emportant transfert du contrôle d'une société : essai de synthèse, *Rev. Sociétés* 1978, p. 631.

- OVERSTAKE J. F., Sûretés et revendications, *Faillites*, ouvr. coll. sous la direction de R. Rodière, Dalloz, 1970, p. 217.
- PAGES J., La théorie classique du patrimoine et le droit rénové de la faillite, *Annales de la faculté de droit de Lyon* 1974, II, L. G. D. J., p. 107.
- PAILLUSSEAU J., Qu'est-ce qu'une entreprise en difficulté ?, Colloque de l'Association Droit et Commerce, 1-2 mai 1976 : Les entreprises en difficulté, *Rev. Jurisp. Com.* 1976, n° sept-oct., *Rev. fr. de comptabilité* 1976, n° 64, p. 379.
- PELISSIER J., Observations à propos de la notion de licenciement individuel, *Tendances du droit du travail français contemporain*, Etudes G. H. Carmerlynck, Dalloz, 1978, p. 83.

Le rôle du chef d'entreprise dans le fonctionnement interne du comité d'entreprise, Colloque organisé par Droit Social à l'Université de Paris-Dauphine, 19-20 janvier 1979 : Le chef d'entreprise et le comité d'entreprise, *Droit Social* 1979, n° spécial, p. 83.

Le renouvellement des contrats de travail à durée déterminée après la loi du

3 janvier 1979, Colloque 31 mai 1980, Droit Social n° spécial, p. 47.

Les départs négociés, Colloque 12-13 décembre 1980, La crise du droit des licenciements, Droit Social 1981, n° spécial, mars, 228.

— PENE D., Valeur et regroupement des entreprises, méthodes et pratiques, Dalloz, 1979.

— PERROT R., Le rôle du juge en présence des problèmes économiques, Rapport Général, Travaux de l'Association H. Capitant, T. 22, Dalloz 1970, p. 260.

Le rôle du juge dans la société moderne, Gaz.-Pal. 1977, Doctr., p. 91.

Le traitement des entreprises en difficulté, Salon de l'Avocat 8-9 décembre 1978, Gaz.-Pal., 1979, I.D. 51.

— PESCATORE P. L'effet des directives communautaires : une tentative de démythification, D. 1980, Chr., 171.

— PESSON J., La responsabilité du banquier vis-à-vis des tiers, Colloque de l'Association Droit et Commerce, 7-8 mai 1977 : Rôle et responsabilité des banques, Rev. fr. de comptabilité 1977, n° 75, Rev. Jurisp. Com. 1977, n° sept.-oct., p. 297.

— PETOT-FONTAINE M. Les difficultés d'application du nouveau statut des coopératives ouvrières de production, Rev. Soc. 1980, p. 401.

— PIEDELIEVRE, L'efficacité de la garantie hypothécaire, Etudes J. Flour, Rép. Defrénois, 1979, p. 367.

— PIERRE-BROSSOLETTE C., La banque à l'horizon des années 80, Banque 1979, p. 713.

— PINOTEAU C., Un problème intéressant la gestion des sociétés : l'expertise comptable non limitée aux chiffres, Rev. Sociétés 1978, p. 701.

— PIROVANO A., La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin de la théorie de Josserand, D. 1972, Chr., 67.

Les effets de la procédure d'apurement collectif du passif sur la situation des créanciers titulaires de sûretés, D. 1971, Chr., p. 107.

La situation de la Sécurité Sociale en cas de règlement judiciaire et de liquidation des biens de l'entreprise, Droit Social 1978, n° spécial : Le droit social et l'entreprise en difficulté ou en liquidation, p. 138.

Progrès économique ou progrès social (ou les contradictions du droit de la concurrence), D. 1980, Chr., p. 145.

— PIROVANO A. et BOY L. Faillites et restructuration du capital (la fonction des pouvoirs privés et de l'Etat dans la restructuration du capital défaillant), dactyl. C. N. R. S., 1980.

— PONTAVICE E. du, La réforme de la faillite, J.C.P. 1968, D, 2 138.

La mission du commissaire aux comptes en cas d'augmentation du capital par compensation avec des créances et la signification de l'expression « in bonis », bulletin du Conseil National des Commissaires aux comptes 1973, n° 10, p. 269.

La certification par le Commissaire aux comptes de la régularité et de la sincérité des comptes sociaux, Etudes A. Jauffret, 1974, p. 561.

La part du droit dans la vie économique, Rev. Jurisp. Com. 1975, p. 213.

Le commissaire aux comptes et les procédures collectives de paiement (règlement judiciaire et liquidation des biens), Bulletin du Conseil national des Commissaires aux comptes 1976, n° 24, p. 489.

Les mécanismes destinés à alerter le conseil d'administration de la société anonyme, Colloque de l'Association Droit et Commerce, 1-2 mai 1976 : Les entreprises en difficulté, Rev. Jurisp. Com. 1976, n° sept.-oct., Rev. fr. de comptabilité 1976, n° 64, p. 468.

La prévention des difficultés des entreprises, Colloque de Lille, 11-12 mai 1968 : La refonte du droit de la faillite, Université de Lille III, 1979, p. 13.

Réflexions sur la mise en jeu de la responsabilité d'un commissaire aux comptes à l'occasion de la liquidation des biens de la société contrôlée (à propos du jugement rendu par le Tribunal de Grande Instance d'Auch le 13 mars 1977), Bulletin du Conseil National des Commissaires aux comptes 1978, n° 30, p. 199.

Intérêts et limites de la clause de réserve de propriété, Banque 1980, 1097.

— POUGET R., La souscription ou l'acquisition de droits sociaux par les dirigeants ou les salariés des P. M. E., Dix ans de droit de l'Entreprise, Librairies Techniques 1978, p. 545.

– POULAIN G., La loi du 3 janvier 1979, relative au contrat de travail à durée déterminée, *Droit Social* 1979, p. 67.

Réalité du terme et volonté des parties dans les contrats de travail à durée déterminée, Colloque 31 mai 1980, *Droit Social* n° spécial, p. 54.

– PUYRAVEAU P., Dix ans de droit fiscal des fusions, Dix ans de droit de l'Entreprise, *Librairies Techniques* 1978, p. 231.

La location-gérance de fonds de commerce et ses aspects fiscaux, *Rev. Jurisp. Com.* 1979, p. 201.

– LA QUATRIEME DIRECTIVE, SES INCIDENCES SUR LA PRESENTATION DES COMPTES DES SOCIETES FRANCAISES, Éd. Hommes et Techniques, préf. B. D'Illiers, 1978.

– RAMIN A., Exercice du droit de grève et responsabilité civile, *Droit Social* 1980, 537.

– RAPPORTS DE LA COUR DE CASSATION, année 1975, Commentaires de la section de droit privé de la Faculté de Droit de Saint-Maur (Université Paris XII), *J.C.P.* 1978, D. 2 882 ; années 1976-1977, mêmes commentaires, *J.C.P.* 1979, D. 2 953 ; année 1978, mêmes commentaires, *J.C.P.* 1980, D. 2 993.

– REGNIER D., La mort du titulaire du compte et le sort de l'entreprise individuelle, Dix ans de droit de l'Entreprise, *Librairies Techniques* 1978, p. 809.

– REINHARD Y., Le juge des référés et le droit de licenciement, *Annales de l'Université Jean Moulin, Institut d'Etudes du travail et de la Sécurité Sociale* 1976, p. 93.

– RIPERT G., Le droit de ne pas payer ses dettes, *D. H.* 1936, p. 57.

– RIVES G., Le choix entre les procédures, *Faillites*, ouvr. coll. sous la direction de R. Rodière, Dalloz, 1970, p. 89.

– RIVES-LANGE J. L., La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens, *D.* 1975, *Chr.*, 41.

– ROBERT J. M., Réflexions sur le délit de majoration frauduleuse d'apports en nature, *D.* 1974, *Chr.*, 97.

– ROBLOT R., Les SICAV, les fonds communs de placement, *A.N.S.A.*, 1980.

– RODIERE R., L'action en comblement du passif et le Trésor (Pour le respect des privilèges généraux et de leur droit de préférence), *J.C.P.* 1981, D. 3002.

– ROSSIGNOL H., L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges, XVII^e Congrès des syndics et administrateurs, Orléans 28-30 septembre 1978, *Gaz.-Pal.* 1978, II, D., 612.

– ROUX D., La spécificité des cessions de contrôle, *Rev. Sociétés* 1980, p. 49.

– ROUYER J., La responsabilité des organismes financiers du fait de leur intervention financière, Colloque de l'Association Droit et Commerce, 1-2 mai 1976 : Les entreprises en difficulté, *Rev. Jurisp. Com.* 1976, n° sept-oct., *Rev. fr. de comptabilité* 1976, n° 64, p. 400.

– SAINT-GEOURS J., La politique économique des principaux pays industriels de l'Occident, 2^e éd., 1973, Sirey.

– SAINT-JEVIN P., Premier inventaire des difficultés d'interprétation et d'application de la loi relative au contrat de travail à durée déterminée, Colloque du 31 mai 1980, *Droit Social*, n° spécial, p. 25.

– SARRAZIN P., Le Fonds national de garantie pour les prêts participatifs et les prêts participatifs bancaires, *Banque* 1981, 63.

– SAVATIER J., Les groupes de sociétés et la notion d'entreprise en droit du travail, *Etudes A. Brun*, 1974, p. 527.

La responsabilité civile des syndicats à l'occasion des grèves, *Droit Social* 1980, 545.

– SAVATIER R., Le droit comptable au service de l'homme, *Dalloz*, 1969.

L'inflation législative et l'indigestion du corps social, *D.* 1977, *Chr.*, 45.

– SAYAG A., Mandat social et contrat de travail : attrait, limites et fictions, *Rev. Soc.* 1981, 1.

– SEFFERT J. C., Les salariés au regard de la « faillite » de l'entreprise commerciale, *Etudes A. Brun*, 1974, 547.

– SERRA Y., Le droit de conversion des obligations convertibles à tout moment, *Rev. trim. dr. com.* 1971, p. 570.

– SIMON O., Les baux d'exploitation et la notion d'entreprise, *Rev. trim. dr. com.* 1977, 241.

— SINAY H., La neutralisation du droit de grève ? *Droit Social* 1980, 250.

— SOINNE B., Prologomènes sur une refonte du droit de la faillite, *D.* 1976, *Chr.*, 253.

L'intervention du comité d'entreprise devant la juridiction consulaire chargée d'une procédure collective de liquidation, *Droit Social* 1978, n° spécial : Le droit social et l'entreprise en difficulté ou en liquidation, p. 98.

Problématique de la poursuite de l'exploitation, Colloque de Lille, 11-12 mai 1978 : La refonte du droit de la faillite, Université Lille III, 1979, 39.

Le droit de la faillite et l'organisation consulaire française. L'enjeu d'une réforme, *D.* 1979, *Chr.*, 57.

Suspension provisoire des poursuites, règlement judiciaire et réforme de la faillite, La réalité ou l'illusion d'une dualité maintenue. *D.* 1980, *Chr.*, p. 73.

— SOINNE-BARRAT M. F., Les conditions de la gérance de l'entreprise en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, *D.* 1974, *Chr.*, 295.

— SOINNE-BARRAT M. F. et DANSET M., La location-gérance des entreprises en état de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, *D.* 1973, *Chr.*, 71.

— SOLAL A., Les nouveaux concepts introduits dans le droit des faillites par la loi du 13 juillet 1967. Réflexion sur la prise de conscience du changement dans l'ordonnancement juridique. *Rev. trim. dr. com.* 1969, p. 719.

— SORTAIS J. P., La société unipersonnelle, *Mélanges D. Bastian*, T. 1, Librairies Techniques, 1974, p. 325.

La situation des créanciers titulaires de sûretés et de privilèges dans les procédures collectives. *Rev. trim. dr. com.* 1976, 269.

— STACKLER X., La mission du contrôleur d'exploitation dans une entreprise en difficulté. Colloque de l'Association Droit et Commerce, 1-2 mai 1976 : Les entreprises en difficulté. *Rev. Jurisp. Com.* 1976, n° sept-oct., *Rev. fr. de comptabilité* 1976, n° 64, p. 474.

— STOLERU L., *L'impératif industriel*, Seuil, 1969.

— STOUFFLET J., L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? *J. C. P.* 1965, *D.* 1882.

Le particularisme des contrats bancaires, *Etudes A. Jauffret*, 1974, p. 635.

La protection du consommateur faisant appel au crédit. Premières réflexions sur la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, *Etudes E. de Lagrange*, L. G. D. J., 1978, p. 225.

Devoirs et responsabilité du banquier à l'occasion de la distribution du crédit, Colloque de l'Université de Paris I : Responsabilité professionnelle du banquier : contribution à la protection des clients de banque, sous la dir. de C. Gavalda, Préf. P. Marcilhacy, éd. Economica, 1978, p. 21.

— TALLON D., Réflexions comparatives sur la distinction du droit civil et du droit commercial, *Etudes A. Jauffret*, 1974, p. 649.

— TANDE A., Les restructurations se poursuivent en 1976, *Economie et Statistiques* 1977, p. 70.

— TARDIEU-NAUDET D., Les C. O. D. E. F. I. : un exemple d'intervention des pouvoirs publics en faveur des entreprises en difficulté, *J. C. P.* 1978, éd. C. I., II, 12 823.

— THOLLON-POMMEROL V., Quatre mécanismes de disparition des entreprises, *Economie et statistiques* 1977, p. 23.

— TILLHET-PRETNAR J., Un aspect nouveau du droit du salaire, l'assurance des salaires, Tendances du droit du travail français contemporain, *Etudes G. H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p. 167.

L'Assurance garantie des salaires : un régime qui a trouvé son équilibre, *Droit Social* 1981, p. 150.

— TISON M., Des effets de la loi n° 78-763 du 19 juillet 1978 sur le financement des sociétés coopératives ouvrières de production (SCOP) et ces sociétés coopératives de travailleurs (SCOT), *Rev. Soc.* 1981, 39.

— TOUJAS G., De la cession à forfait en période d'union, *J. C. P.* 1940, I, 163.

Du concordat amiable, *J. C. P.* 1942, I, 255.

— TRUCHET D., Réflexions sur le droit économique public en droit français, *Rev. Dr. Public* 1980, 1009.

– VAISSE S., La constitution de la masse, Faillites, ouvr. coll. sous la direction de R. Rodière, Dalloz, 1970, p. 125.

La nomination d'un curateur à la suite d'une suspension provisoire des poursuites, Colloque de l'Association Droit et Commerce, 1-2 mai 1976 : Les entreprises en difficulté, Rev. Jurisp. Com. 1976, n° sept.-oct., Rev. fr. de comptabilité 1976, n° 64, p. 431.

– VANDENBOSSCHE A., Contribution à l'étude des sources du droit commercial. Un commentaire manuscrit de l'Ordonnance de mars 1673, éd. Cujas, 1976.

– VANDERPOTTE G. Contrats de travail à durée déterminée et évolution des indicateurs du marché du travail, Colloque 31 mai 1980, Droit Social 1980, n° spécial, p. 21.

– VASSEUR M., Le droit de la réforme des structures industrielles et des économies régionales, préf. F. Bloch-Lainé, L.G.D.J., 1959.

L'Etat Banquier d'affaires, préf. J. Hamel, Dalloz, 1962.

Rapport de synthèse, Colloque de l'Association Droit et Commerce, 7-8 mai 1977 : Rôle et responsabilité des banques, Rev. fr. de comptabilité 1977, n° 75, Rev. Jurisp. Com. 1977, n° sept.-oct., p. 370.

La responsabilité du banquier dispensateur de crédit, 3^e éd., banque, 1978.

Le droit français (et spécialement l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967) est-il un handicap pour l'apporteur de fonds propres ?, Banque 1979, p. 7.

Rapport du groupe de travail, présenté par M. Vasseur, pour l'application des recommandations formulées dans le rapport sur la violence, Bulletin du Conseil National des Commissaires aux Comptes 1979, n° 33, p. 10.

La loi du 24 octobre 1980 créant une distribution d'actions en faveur des salariés des entreprises et les principes du droit français, D. 1981, Chr., 63.

– VERDOT R., La mission du curateur dans la procédure de suspension provisoire des poursuites, J. C. P. 1972, éd. C. I., II, 10 425.

La double fonction du juge-commissaire dans les procédures collectives de règlement judiciaire et de liquidation des biens, J. C. P. 1974, D, 2 606.

Faut-il supprimer le règlement judiciaire ? Réflexions sur l'unification des procédures collectives de redressement des entreprises, Etudes P. Kayser, T. II, rép. Defrénois 1979, p. 397.

– VINCENT J., Diverses particularités et règles de procédure. Le droit de la faillite, Séminaire du Barreau de Lyon, Goutelas en Forez, Les Petites Affiches Lyonnaises, 24 décembre 1968.

Juridiction collégiale ou juge unique dans la procédure civile française, Mélanges Fallett, Annales de la Faculté de Droit de Lyon 1971, II, P. 561.

– VINCENT X., La responsabilité civile et commerciale des dirigeants d'entreprises en difficulté, Colloque de l'Association Droit et Commerce, 1-2 mai 1976 : Les entreprises en difficulté, Rev. Jurisp. Com. 1976, n° sept.-oct., Rev. fr. de comptabilité 1976, n° 64, p. 451.

– VOISSET M., Droit du travail et crise, Droit Social 1980, 287.

– WOOG J. C. Réaction de la pratique contre la résistance des débiteurs, Rev. Jurisp. Com. 1979, p. 325.

– ZENATI F., Propriété et occupation des locaux d'entreprise, Annales de l'Université Jean Moulin, Institut d'Etudes du travail et de la Sécurité Sociale, 1976, p. 35.

C. COLLOQUES

- COLLOQUE de l'Association Droit et Commerce, 1-2 mai 1976 : Les entreprises en difficulté, *Rev. Jurisp. Com.* 1976, n° sept-oct., *Rev. fr. de comptabilité* 1976, n° 64.
- COLLOQUE de l'Association Droit et Commerce, 7-8 mai 1977 : Rôle et responsabilité des banques, *Rev. fr. de comptabilité* 1977, n° 75, *Rev. Jurisp. Com.* 1977, n° sept-oct.
- COLLOQUE de l'Université de Paris I : Responsabilité professionnelle du banquier : contribution à la protection des clients de banque, sous la direction de C. Gavalda, Préf. P. Marcilhacy, *Recherches Panthéon-Sorbonne*, série : Sciences juridiques, Droit des affaires, éd. Economica, 1978.
- COLLOQUE organisé par Droit Social et Université de Paris II, 26-27 janvier 1978, *Droit Social* 1978, n° spécial : Sur le nouveau droit du licenciement.
- COLLOQUE de la Faculté de Droit de Lille, 11-12 mai 1978 : La refonte du droit de la faillite, Université de Lille III, 1979.
- COLLOQUE organisé par Droit Social, 19-20 janvier 1979, Université Paris-Dauphine : Le chef d'entreprise et le comité d'entreprise, *Droit Social* 1979, n° spécial.
- COLLOQUE de l'Association Droit et Commerce, 5-6 mai 1979, l'informatique et le droit commercial, *Rev. Jurisp. Com.* 1979, n° spécial, p. 377 et s., *Rev. française de comptabilité* n° 98, p. 570 et s.
- COLLOQUE organisé par Droit Social, le 31 mai 1980, Université de Paris II : Les contrats de travail à durée déterminée, *Droit Social* 1980, n° spécial.
- COLLOQUE de l'Association Droit et Commerce, 31 mai - 1er juin 1980 Actualité du Droit français de la concurrence, *Revue de Jurisprudence Commerciale*, n° spécial, décembre 1980.
- COLLOQUE organisé par Droit Social, 12-13 décembre 1980 : La crise du droit des licenciements, *Droit Social* 1981, n° spécial.

INDEX ALPHABETIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes du texte

A

– ABUS DE DROIT

200, 212, 317

– ACCORDS PARTICULIERS avec les créanciers

130

– ACTION OBLIQUE

203

– ACTION PAULIENNE

138

– ACTIONS

v. *Capital social*,

Société anonyme

– ADMINISTRATEUR JUDICIAIRE

v. *Projet de loi n° 928*

syndic

– ADMINISTRATION PROVISOIRE

v. *projet de loi n° 928*

65, 186, 219, 320

– conditions : 190 et s., 348

– cessation des paiements et - : 195 et s.

– conflits entre associés : 199 et s.

– contrat de location-gérance et - : 219 et s.

– nomination amiable : 202, 302

– AFFACTURAGE

349

– AGENCE D'ASSISTANCE AUX ENTREPRISES

v. *Rapport Sudreau*

103

– A. G. S.

v. *Salariés*

– AIDES PUBLIQUES AUX ENTREPRISES

V. *Création d'entreprises nouvelles*, *CIASI*, *CIDISE*, *CODEFI*, *CODIS*, *Etablissements publics régionaux*, *FDES*, *FSAI*, *Droit fiscal*

– contrôle des - : 10, 102, 161, 232, 352 et s., 367

– des municipalités : 363

– en général : 10, 11, 20, 57, 145, 162, 245, 254, 256, 270, 282, 314, 351 et s.

– AIDES REGIONALES

230, 231, 359

– ALLEMAGNE FEDERALE

v. *Droit comparé*

– ALSACE-LORRAINE

– notion de cessation des paiements en - : 35

– ANALYSE DISCRIMINANTE

v. *Difficultés des entreprises*

– APPORTS DE CAPITAUX

23, 69, 175, 176, 193, 251

– ASSOCIE

– notion d' - : 177

– ASSURANCES

22, 159, 349, 373

Annexes

– ATERMOIEMENT

v. *Pactes amiables*

– AVANCES DES ASSOCIES

155 et s., 173, 174, 355

B

- BANQUES

v. *Création d'entreprises nouvelles, Prêts participatifs*

57, 89, 114, 155, 193

- actions en responsabilité contre les - : 109, 115, 117

- crédits bancaires : 105 et s. 120 et s.

- devoir de conseil : 116

- information des - : 114

- BANQUEROUTE

130, 139

- complicité de - : 109, 139

- BELGIQUE

v. *Droit comparé*

- BILAN

v. *Capital social, Difficultés des entreprises, Prêts participatifs.*

- analyse du - : 29, 55 et s., 114, 337

- dépôt du - : 39, 67, 133, 141, 195, 203, 273, 337, 343

- réévaluation des - : 145

- BILAN SOCIAL

337

- BOURSES REGIONALES

149

C

- CAISSE D'AMORTISSEMENT POUR L'ACIER

138

- CAISSE D'EQUIPEMENT DES P.M.E.

v. *P. M. E.* 357

- CAISSE NATIONALE DES MARCHES DE L'ETAT

v. *Procédures collectives (statistiques)* 100

- CAPITAL SOCIAL

- v. *Actions, Apports de capitaux, Directives C.E.E., Sociétés*

- augmentation du - : 149, 169, 171 et s., 251, 355

- avances des associés : 155 et s.

- avantages fiscaux : 176, 182

- minimum du - : 30, 53, 144, 166, 218, 355

- perte des 3/4 du - : 53, 167

- réduction du - : 165 et s., 172

- CAUTIONNEMENT

v. *Sociétés de - mutuel*

95, 106

- CESSATION DES PAIEMENTS

5, 44, 56, 79, 88, 115, 127, 137 et s. 232, 244, 273, 284

- administration provisoire et - : 195 et s.

- aides de l'Etat et : 230, 233

- en droit comparé : 47 et s.

- notion de - : 35 et s.

- CESSIION DE CONTRÔLE

306

- CHEQUE

94, 120

- C.I.A.S.I.

99, 230, 232, 254, 282, 362

- C.I.D.I.S.E.

161, 358

- C.O.B.

152, 153, 168

- C.O.D.E.F.I.

91, 98 et s., 230, 282, 362

- C.O.D.I.S.

22, 358

- COMMISSAIRES AUX COMPTES

- rôle des - : 51, 53, 55, 116, 118, 140, 150, 167, 173, 192, 203, 235, 260, 268, 336.

- responsabilité des - : 9, 53, 348

- COMITE D'ENTREPRISE

51 et s., 203, 293, 294, 306, 336 et s.

- COMPENSATION

84, 173

- CONCORDAT AMIABLE

v. *Pacte amiable*

- CONCURRENCE

- en général : 20, 57, 90, 102

- déloyale : 228

- CONSOMMATEURS

(droits des)

87, 120

- CONTINUITE D'EXPLOITATION

v. *Difficultés des entreprises*

- CONTRAT DE TRAVAIL

- v. *Licenciement, Salariés*

- L. 122-12 al. 2 C. Trav. : 8, 215, 226, 231, 250, 251, 266, 278, 281, 299, 331

- résiliation judiciaire du - : 333

- CONTRAT DE TRAVAIL A DUREE DETERMINEE

334

- CONTROLEURS DE GESTION

191

- COOPERATIVES

V. *Sociétés coopératives*

- CREANCIERS

- v. Location-gérance, Pacte amiable, Société d'exploitation
- chirographaires : 90, 261, 292, 294, 344 et s.
- de la masse : 345
- droits des - : 17, 170, 192, 203, 204
- droit d'intervention des - : 51, 53, 268
- égalité des - : 90, 133, 344
- fusions et - : 307
- intérêt des - : 24, 341 et s.
- privilégiés : 90, 134, 261, 263, 292, 294, 328, 342, 346, 347
- règlement judiciaire et - : 289 et s.
- suspension provisoire des poursuites et - : 246, 254, 263

- CREATION D'ENTREPRISES NOUVELLES

- aides à la - : 176, 229 et s., 356, 358, 359, 360,
- statistiques de - : 14, 229

- CREDITS

- v. Délais de grâce
- à court terme : 105 et s., 171, 251, 349
- à long terme : 105, 147 et s., 356
- bancaires : 6, 30, 44, 105 et s. 155
- convention de - : 87, 108
- en général : 1, 7, 31, 36, 53, 59, 89, 90, 261, 342
- global d'exploitation : 121 et s.
- prêts participatifs : 159 et s.
- CREDIT-BAIL
- 22, 148, 207, 347, 349
- CREDIT INTER-ENTREPRISES
- 78, 122, 349

D**- D.A.T.A.R.**

359

- DECOUVERT BANCAIRE

V. Crédits

- DELAIS DE GRÂCE

65, 81 et s., 291

- DELAIS DE PAIEMENT

v. Délais de grâce, Droit fiscal, Sécurité Sociale

- DIFFICULTES DES ENTREPRISES

- causes des - : 27, 28, 44 et s. 61, 92, 355
- externes : 31, 250
- internes : 30, 185, 189, 235
- diagnostic des - :
 - analyse discriminante : 56, 111
 - continuité d'exploitation : 50, 57
 - indices : 11, 51 et s., 79, 111, 158, 167, 235, Annexes
- ratios : 11, 50, 55 et s., 100, 235

- DIRECTIVES C.E.E.

164, 167, 170, 303, 306

- DROIT COMPARÉ

(Allemagne Fédérale, Belgique, Italie, Pays-Bas, Suisse)

3, 12, 14, 34, 82, 128, 138, 158, 240, 284, 330.

Annexes

- cessation des paiements en - : 47 et s.

- DROIT ECONOMIQUE

20, 21, 271

- DROIT FISCAL

- actions à dividende prioritaire : 182
- augmentation de capital : 172, 176
- avances des associés : 156
- création d'entreprises nouvelles : 228 et s.
- délais pour dettes fiscales : 89, 91 et s., 291
- fusions : 308
- gérance-vente : 221
- location-gérance : 216
- prêts participatifs : 160
- promesse de vente : 221 et s.
- traité à forfait : 299
- DROIT SOCIAL
- 68, 70, 74, 87, 291, 358

E**- ECHEANCES**

(report d') 32, 79, 88

- ECHELLE MOBILE

(clause d') 217

- EFFETS DE COMMERCE

78, 79, 84

- EFFETS DE COMPLAISANCE

111

- ENTREPRISE

v. Création d'entreprises nouvelles, Sociétés

- individuelles : 97, 185, 208, 227, 274, 304, 358

- notion d' - : 20, 274, 317

- réforme de l' - : 51, 317

v. Rapport Sudreau, Projets de loi

- ENTREPRISES EN DIFFICULTE

v. Sidérurgie

- cas d' - :

- Sté Atlas : 45
- Sté Bernard Galvanisation : 45
- Sté Boussac : 45, 244, 250, 267, 282, 298.
- Sté Chaix-Néogravure : 45, 282
- Sté Coq : 363
- Sté Ducassou : 45, 254, 267

- *Sté Dufour* : 30, 325, 338, 362
- *Sté Franco-Belge* : 45, 158, 245, 246, 282
- *Sté A. Gilles* : 45
- *Sté Isorel* : 45, 267
- *Sté Jossermoz* : 282
- *Sté Jouets Gégé* : 363
- *Sté Langlois* : 45
- *Sté Linvosges* : 30, 45, 254
- *Sté Lip* : 228, 325, 338
- *Sté Logabax* : 362
- *Sté Manuest* : 228
- *Sté Manufrance* : 45, 162, 240, 254, 255, 282, 325, 338, 362, 363
- *Sté Petitcollin* : 338
- *Sté Pilote* : 282, 363
- *Sté Sainrapt et Brice* : 45, 246, 250, 254
- *Sté Terrin* : 250, 254, 267, 362
- *notion d' -* : 17, 26 et s.
- **ETABLISSEMENTS PUBLICS REGIONAUX**
282, 359
- *cautionnement de prêts* : 229, 359
- *primes régionales* : 229, 359
- **EXPERTISES**
51, 202, 268
- **EXPERTISE DE GESTION**
53, 57, 191
- **EXPERTS-COMPTABLES**
140, 336

F

- **F.D.E.S.**
100, 148, 161, 282, 357 et s.
- **FILIALES COMMUNES**
225
- **FONDS COMMUNS DE PLACEMENT**
154
- **FONDS DE COMMERCE**
83, 207
- **FONDS PROPRES**
v. *Actions, Capital social, Prêts participatifs*
- *apports de -* : 44
- *insuffisance de -* : 30, 122, 144, 355
- **FRAUDE**
133, 197, 221
- **F.S.A.I.**
161, 362
- **FUSIONS**
v. *Sociétés*

G

- **G.I.E.**
149, 225
- **GREVES**
v. *Occupations d'entreprises*
57, 339
- **GROUPES DE SOCIETES**
156, 229, 250

H

- **HYPOTHEQUES**
148

I

- **INDICES**
v. *Difficultés des entreprises*
- **INFORMATION** (*devoir d'*)
116, 133
- **INOPPOSABILITES** (*à la masse*)
118, 133
- **INSOLVABILITE**
35, 47 et s., 203
- **INTERETS**
84, 87, 106, 160, 252
- **INTERETS DE L'ENTREPRISE**
103, 192, 201, 295, 317 et s.
- **INTERETS DES CREANCIERS**
v. *Créanciers*
- **INTERETS GENERAUX**
22, 24, 103, 235, 241, 245
- **INTERETS DES SALARIES**
327 et s.
- **INTUITUS PERSONAE**
113
- **ITALIE**
v. *Droit comparé*

L

- LETTRE DE CHANGE
78
- LIBERTE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE (*principe de la*)
20
- LICENCIEMENT (*droit du*)
v. Salariés
305, 332, 334, 336
- LIQUIDATION AMIABLE
159
- LIQUIDATION PARTIELLE
226
- LIQUIDATION DES BIENS
v. Cessation des paiements, Procédures collectives, Projets de loi
- continuation de l'exploitation : 276
- clôture pour extinction du passif : 137
- clôture pour insuffisance d'actif : 3, 13, 341
- location-gérance et - : 274, 276 et s., 298
- option entre règlement judiciaire et - : 274, 288
- traité à forfait : 3, 10, 273, 290, 297 et s.
- LOCATION-GERANCE
v. Liquidation des biens, Règlement judiciaire
- administrateur provisoire et - : 219 et s.
- conditions : 207 et s., 212 et s., 342
- droit fiscal : 216
- fusions et - : 304
- gérance-vente : 209, 221 et s., 276, 302
- procédures collectives et - : 218, 276 et s., 298, 331
- société d'exploitation : 208, 218, 228

M

- MAGISTRATURE ECONOMIQUE
268, 295, 321
- MANAGEMENT (*contrat de*)
207
- MANDAT
108, 193
- MANDATAIRE AD HOC
191
- MARCHES DE L'ETAT
90

- MORALITE COMMERCIALE
1, 107
- MORATOIRES
4, 81, 83, 91, 98 et s., 127

O

- OBLIGATIONS
v. Capital social, Sociétés anonymes
149 et s., 170, 355
- assemblées d'obligataires : 134
- avec bons de souscription : 149
- convertibles : 150 et s., 172
- échangeables : 151
- fusions : 307
- OBSERVATEUR DE GESTION
191
- OCCUPATIONS D'ENTREPRISES
325, 338
- ORDRE PUBLIC ECONOMIQUE
212
- OUVERTURE DE CREDIT
v. Crédits

P

- PACTES AMIABLES
6, 23, 32, 101, 118, 127 et s., 196, 213, 342, 349
- PAYS-BAS
v. Droit comparé
- PLANIFICATION
10, 361
- P.M.E. - P.M.I.
v. Avances des associés, Création d'entreprises nouvelles, Droit fiscal
- en général : 144, 229, 302
- Caisse d'équipement des - : 149, 357
- prêts aux - : 100, 115, 121
- POUVOIRS PUBLICS
v. Aides publiques aux entreprises, Création d'entreprises nouvelles, Crédits, Prêts participatifs
- responsabilité des - : 348, 370
- PRÊTS
- contrat de - : 108
- à long terme : 147 et s., 158 et s.,

- PRÊTS PARTICIPATIFS

158 et s., 282, 355, 359

- PRIVILEGES

v. Créanciers, Sécurité Sociale

- du Trésor : 261, 347

- PROCEDURES COLLECTIVES

V. Banqueroute, Créanciers, Liquidation des biens, Inopposabilités, Pactes amiables, Règlement judiciaire, Suspension provisoire des poursuites, Syndic

- continuation de l'exploitation au cours des - : 10, 207, 274, 329

- distinction entre les hommes et l'entreprise : 272, 274, 292, 323

- histoire des - : 18, 284, 344

- réforme des - : v. Projets de loi

- salariés et - : v. Licenciements, Salariés, 281

- sanctions civiles des - : 6, 68, 111, 117, 195, 275, 323, 347

- sanctions pénales des - : v. Banqueroute, 23, 68, 109, 195, 275

- statistiques des - : 3, 6, 12, 344, 372

Annexes**- PROJETS DE LOI**

- en général : 3, 235, 238, 373

- n° 3214 : 3, 4, 52, 259, 263

- n° 974 : 3, 4, 40, 53, 89, 106, 141, 167, 180, 268, 320, 338, 373

- n° 975 : 220, 258 et s., 281, 286, 294, 299, 300, 306, 325, 329, 333, 338, 345, 346

- n° 928 : 198, 205, 206, 258, 277

R**- RAPPORT SUDREAU**

4, 11, 32, 50, 51 et s., 204, 317, 320, 338, 348

- RATIOS

v. Difficultés des entreprises

- REFERES (Juge des)

84 et s., 190 et s.

- REGISTRE DU COMMERCE ET DES SOCIETES

167

- REGLEMENT JUDICIAIRE

v. Cessation des paiements, Procédures collectives (statistiques), Salariés

- concordat : 3, 64, 86, 129, 269, 272, 284, 304, 323, 344, 348

- commissaire à l'exécution du concordat : 86, 291

- délais de grâce et - : 291

- location-gérance et - : 274, 276 et s., 298

- option entre liquidation des biens et - : 274, 288

- réforme du - : 286, 293 et s., 348

- **RESERVE DE PROPRIETE** (clause de) 22, 349- **RESPONSABILITE** (actions en)

v. Banques, Commissaires aux comptes, Pouvoirs publics, Procédures collectives

6, 9, 109, 348

S**- SAISIES**

86, 88

- SALARIES

v. Comité d'entreprise, Contrat de travail, Droit social, Licenciements, Occupations d'entreprise, Syndicats

- administration provisoire et - : 203

- A. G. S. : 22, 266, 281, 294, 306, 329, 336

- créances des - : 261, 328

- droits des - : 327 et s.

- information des - :

v. Entreprise (réforme de l') 267, 281

- intervention des - : 51

- primes au départ volontaire : 333

- SECRET DES AFFAIRES

8, 11, 59, 270, 343, 348

- SECRET PROFESSIONNEL

43, 247, 260

- SECURITE SOCIALE

- cotisations de - : 94

- délais de paiements des cotisations de - : 89 et s.

- SIDERURGIE

- caisse d'amortissement pour l'acier : 158

- prêts participatifs : 158, 361

- SOCIETES (en général)

v. Capital social,

Directives C.E.E.,

Groupes de -, Valeurs mobilières

- dissolution des - : 167, 186, 190

- « en sommeil » : 226

- fusions de - : 7, 9, 11, 64, 114, 117, 150, 193, 202, 226, 229, 237, 302 et s., 306, 337, 342

- nombre de - : 14

- scissions de - : 30, 187, 195

- transformations de - : 227

- SOCIETE ANONYME

v. *Actions, Apports de capitaux, Associé, Avances d'associés, Capital social, Obligations*

- Actionnaires

- abus de majorité : 212
- dividendes : 176
- droit préférentiel de souscription : 150, 175, 179

- égalité entre les - : 170

- information des - : 51, 53, 180

- protection des - minoritaires : 51, 181, 192, 205

- Action sociale ut singuli : 180

- Actions

- à dividende prioritaire sans droit de vote : 164, 176 et s.

- de priorité amortissable : 182

- distribution d' - aux salariés : 336

- Apports en nature : 176, 227

- Assemblées générales extraordinaires : 150, 167, 173, 179

- Conseil d'administration : 150

- Conventions entre dirigeants et la - : 156

- à directoire : 150, 227

- Droits des salariés : 336

- Expert de minorité : 53, 180

- SOCIETE ANONYME A PARTICIPATION OUVRIERE

228, 282

- SOCIETE A RESPONSABILITE LIMITEE

149

- SOCIETES COOPERATIVES

208

- SOCIETES COOPERATIVES OUVRIERES DE PRODUCTION

228, 330, 338

- SOCIETES DE DEVELOPPEMENT REGIONAL

v. *Etablissements publics régionaux*

359

- SOCIETES DE FAMILLE

v. *Entreprises individuelles, Sociétés unipersonnelles*

70, 144, 178, 185, 208, 302, 360

- SOCIETES D'EXPLOITATION

208, 218, 221 et s., 277, 302

- SOCIETES DE CAUTION MUTUELLE

147, 160

- S.I.C.A.V.

154

- SOCIETES UNIPERSONNELLES

317

- SOUS-TRAITANCE

225, 293

- SUISSE

v. *Droit comparé*

- SÛRETÉS

v. *Créanciers*

53, 106, 109, 118, 147, 263, 342, 346

- SUSPENSION PROVISOIRE DES POURSUITES

v. *Procédures collectives*

43, 51, 195, 196, 237, 240 et s., 256, 295

- aides publiques et - : 254, 256, 270

- concordat amiable et - : 138

- conditions de la - : 34, 43 et s., 240, 244 et s.

- conversion en règlement judiciaire ou liquidation des biens : 244, 261, 264, 282

- curateur : 247

- dettes « de curatelle » :

261, 345

- fusions et - : 10, 237, 250, 254 et s., 304

- groupes de sociétés et - : 250

- information du tribunal : 43

- intérêts : 253

- plan : 65, 246, 249 et s., 263

- réforme de la - : 258 et s., 293, 348

- remplacement des dirigeants : 250, 264

- sanctions pénales : 43

- statistiques de - : 11. Annexes

- sûretés et - : 263

- voies de recours : 247

- SYNDIC

v. *projets de loi n° 928 et 975*

198

- pouvoirs du - : 109, 298, 300, 331, 333, 348

- responsabilité du - : 348

- SYNDICATS

203, 337, 338

- STATISTIQUES

v. *Procédures collectives, Suspension provisoire des poursuites.*

Annexes.

T

- TRAITE A FORFAIT

v. *Liquidation des biens*

- TRIBUNAL DE COMMERCE

- Président du - : 85, 140, 167, 196, 198, 234, 247, 268, 295, 321, 348

Annexes

- Réforme du - : 258

V

- VALEURS MOBILIERES (régime des)

149

TABLE DES MATIERES

	n ^{os}
INTRODUCTION	1
CHAPITRE PRELIMINAIRE : Notion d'entreprise en difficulté	26
Section 1 Définitions restrictives de l'entreprise en difficulté	34
I La notion de cessation des paiements	35
A La conception classique de la cessation des paiements	36
B La nouvelle conception de la cessation des paiements	38
II La notion de situation financière difficile non irrémédiablement compromise	43
III La notion de cessation des paiements en droit comparé	47
Section 2 Définitions extensives de l'entreprise en difficulté	50
I Les indices	51
II Les ratios, la continuité d'exploitation et l'analyse discriminante	55
Section 3 Notions diversifiées de l'entreprise en difficulté	59
 PREMIERE PARTIE Dualité de fonctions des techniques de renflouement des entreprises en difficulté	 63
 TITRE I Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté principalement préventives	 67
 SOUS-TITRE I . Les techniques conjoncturelles	 73
 Chapitre I Les mesures dilatoires	 77
I Les délais de grâce	81
II Les délais de paiement pour les dettes fiscales et parafiscales	89
A Délais de paiement consentis par le Trésor et la Sécurité Sociale	94
B Les moratoires pour les créances fiscales et parafiscales	98
III Les crédits bancaires	105
A Rôle du crédit bancaire à court terme	112
B Les propositions d'amélioration des rapports entre les banques et les entreprises en matière de crédit	120

	n ^{os}
Chapitre II Le renfouement financier	126
Section 1 Les pactes amiables	127
I Les conditions de négociation des pactes amiables	133
II La date de la négociation des pactes amiables	137
Section 2 Les apports de capitaux permanents	143
I Les emprunts à long terme	147
A Les emprunts de type classique	148
1) Emprunts obligataires	149
2) Avances des associés	155
B Les prêts participatifs	158
1) Régime général des prêts participatifs	159
2) Régime spécial des prêts participatifs consentis par les pouvoirs publics	161
II Les variations du capital social	164
A La réduction du capital social	165
B Les augmentations du capital social	171
1) Les augmentations de capital classiques	172
2) Les actions à dividende prioritaire sans droit de vote	177
SOUS-TITRE II Les techniques structurelles	185
Chapitre I Les mesures provisoires	189
Section 1 L'administration provisoire	190
I L'administration provisoire d'une entreprise en état latent de cessation des paiements	195
II L'administration provisoire d'une entreprise en proie à des conflits internes	199
III L'administration provisoire d'une entreprise en situation préoccupante	202
Section 2 La location-gérance	207
I La location-gérance : simple transfert de l'exploitation du fonds	211
A Convention conclue par le propriétaire du fonds	212
B Convention conclue par un administrateur provisoire	219
II La location-gérance : étape dans le processus de cession du fonds	221
Chapitre II Les transformations structurelles	225
I Les transformations des structures juridiques	226
II Les aides à la création d'entreprises nouvelles	229
CONCLUSION DU TITRE I	235

	n ^{os}
TITRE II Les techniques de renfloement des entreprises en difficulté principalement curatives	237
Chapitre I La suspension provisoire des poursuites	240
Section 1 La fonction préventive de la suspension provisoire des poursuites	244
Section 2 La fonction curative de la suspension provisoire des poursuites	249
I Le plan	250
II La réforme de l'Ordonnance du 23 septembre 1967	258
Chapitre II Les procédures collectives de droit commun	272
I La location-gérance	276
II Le concordat judiciaire	284
A La fonction curative du concordat	287
B La réforme du concordat	293
III Le traité à forfait	297
Chapitre III Les techniques de concentration	302
I Protection des salariés	305
II Protection des créanciers	307
III Régime fiscal des fusions	308
CONCLUSION DE LA 1^{ère} PARTIE	310
DEUXIEME PARTIE : Dualité d'objectifs des techniques de renfloement des entreprises en difficulté	314
TITRE I La permanence de l'entreprise	317
Chapitre I La protection de l'unité économique	319
Section 1 L'appréciation objective des intérêts de l'unité économique ..	320
Section 2 L'appréciation subjective des intérêts de l'unité économique ..	323
Chapitre II La protection de l'unité sociale	325
Section 1 Les droits des salariés	327
I Les droits des salariés en qualité de créanciers	328
II Les droits des salariés en matière d'emploi	331
Section 2 Les pouvoirs des salariés	336
I L'information et la consultation des représentants du personnel	336
II Les pouvoirs réels des salariés	338
CONCLUSION DU TITRE I	339

	n ^{os}
TITRE II La protection d'intérêts « publics »	340
Chapitre I L'intérêt des créanciers	341
Section 1 La protection de l'intérêt des créanciers	342
Section 2 Les transformations des modes de protection de l'intérêt des créanciers	348
Chapitre II Les intérêts de la collectivité nationale et régionale	351
Section 1 Le domaine des interventions publiques	354
I Les interventions publiques générales	355
II Les mesures spécifiques aux entreprises en difficulté	361
Section 2 Le régime juridique des interventions publiques	364
I Les conditions générales d'octroi	365
II Les contrôles	367
III La responsabilité des dispensateurs de crédits publics	370
CONCLUSION GENERALE	372
	pages
ANNEXES	339
I Statistiques des procédures collectives	341
Suspensions provisoires des poursuites (1968-1979), ...	342
Règlements judiciaires, Liquidations des biens (Tribunaux de Commerce de Paris, Lyon, Chambéry, Bourg, Grenoble et Saint-Etienne)	344
II Documents	353
– Note du Président du Tribunal de Commerce de Lyon et du Procureur de la République de Lyon relative aux concordats amiables (16 juillet 1973)	353
– Relations entre le Parquet de Lyon et les commissaires aux comptes (15 octobre 1976)	358
– Contrat d'assurance responsabilité professionnelle des mandataires sociaux (New Hampshire Insurance Company)	360
III Eléments de droit comparé	365
– Belgique	367
– Allemagne Fédérale	370
– Suisse	373
– Pays-Bas	376
– Italie	378

BIBLIOGRAPHIE	383
I Ouvrages généraux	383
II Ouvrages spéciaux	386
A Thèses, mémoires	386
B Etudes, articles, chroniques	388
C Colloques	401
INDEX ALPHABETIQUE	403
TABLE DES MATIERES	411

achevé d'imprimer sur
les Presses de Provence
en décembre 1980

dépôt légal 4ème trimestre 1980.

La F.N.D.E. vous propose :

Dans la collection « ACTUALITES DE DROIT DE L'ENTREPRISE »

- Les ordonnances de septembre 1967 et le droit commercial
- Actualités de droit de l'entreprise 1968
- Nouvelles techniques contractuelles
- Nouvelles techniques de concentration
- Les services communs d'entreprises
- L'exercice en groupe des professions libérales
- Le know-how
- L'avenir de la publicité et le droit
- Garanties de résultat et transfert de techniques
- Droit social et modifications des structures de l'entreprise
- Les inventions d'employés
- La clause de réserve de propriété
- Le nouveau droit du crédit immobilier
- Concurrence et distribution

Dans la collection « BIBLIOTHEQUE DE DROIT DE L'ENTREPRISE »

- Le groupement d'intérêt économique, par Ch. Lavabre (épuisé)
- La responsabilité du banquier, par J. Vézian (2^e édition)
- La société civile professionnelle, par A. Lamboley
- Le droit de la distribution, par J.M. Mousseron et autres auteurs (en cours de réédition)
- Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes, par R. Contin
- Les réserves latentes, par R. Abelard
- Dix ans de droit de l'entreprise (44 études - 1076 pages), publié avec le concours du C.N.R.S.
- Le contrat de sous-traitance, par G. Valentin
- L'entente prohibée (1963 - 1967 - 1977) à travers les avis de la Commission des Ententes, par V. Sélinsky
- L'entreprise et le contrat, par D. Ledouble
- Les causes d'extinction du cautionnement par C. Mouly
- Le régime fiscal des transferts indirects de bénéfices à l'étranger par J.L. Bilon.

Dans la collection « CAHIERS DE DROIT DE L'ENTREPRISE »

- Supplément à la Semaine Juridique - Ed. C.I. - Renseignements sur demande au